

O efecto directo das novas directivas comunitarias sobre a contratación pública. Consecuencias prácticas da falta de transposición das directivas en España

El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España*

The direct effect of the new UE directives on public procurement. Practical consequences of the failure to transpose directives by Spain

52 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza
Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
(España)
gimenof@unizar.es

Recibido: 15/04/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Resumo: Este traballo analiza a proposta de incorporación das directivas de contratación pública en España, así como as consecuencias da non transposición en prazo destas.

Palabras clave: contratación pública, nova Lei de contratos do sector público en España, efecto directo das directivas de contratación pública.

Resumen: Este trabajo analiza la propuesta de incorporación de las directivas de contratación pública en España, así como las consecuencias de la no transposición en plazo de éstas.

Palabras clave: contratación pública, nueva Ley de contratos del sector público en España, efecto directo de las directivas de contratación pública.

Abstract: This work analyzes the proposal of incorporation of the directives of public contracting in Spain as well as the consequences of the not transposition in term of the same thing.

Key words: Public Procurement. New law of contracts of the public sector in Spain. Direct effect of the public procurement directive.

Sumario: 1 Introducción. Motivos de la reforma. 2 La transposición de las directivas europeas de contratación en España. Un proceso inacabado. 2.1 Principales contenidos del nuevo texto de la Ley de contratos del sector público. 2.2

* Este estudio se enmarca en el proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado "La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos" DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

cíficos de control y poderes de actuación sobre la sociedad para configurar una relación de dependencia de la sociedad frente a los entes accionistas.

Dicha influencia debe expresarse ejerciendo un control efectivo, basado en los siguientes poderes:

- a) control del balance, ex ante y ex post;
- b) control de la calidad de la administración, desde el punto de vista de la regularidad, viabilidad, rentabilidad y legitimidad;
- c) atribución de facultades inspectoras directas y concretas;
- d) total dependencia del adjudicatario directo en tema de estrategias y políticas empresariales;
- e) contexto organizativo del que se derive la posibilidad para la sociedad de llevar a cabo con recursos propios el servicio objeto de adjudicación.

Los entes contratantes deben ejercer su control sobre los órganos, siendo por tanto estructurales, y al mismo tiempo sobre los actos, es decir, acciones y comportamientos:

- sobre los órganos, en el sentido de que el ente local debe estar revestido de facultades para proceder al nombramiento y revocación, como mínimo, de la mayoría de los miembros de los órganos de gestión, administración y control;

- sobre la gestión, en el sentido de que el ente contratante, además del poder de dirección y orientación, debe tener también facultades para autorizar o anular, como mínimo, los actos más importantes de la sociedad, como, aparte del balance, los contratos que superen un cierto nivel, y en general los actos de gestión más relevantes que no se pueden considerar meros actos de carácter ordinario y burocrático.

En tema de actividad principal, hay que señalar en otro sentido la jurisprudencia reciente en materia de actividad externa.

Tradicionalmente, se ha considerado que la actividad del adjudicatario debe limitarse a los ámbitos territoriales de los entes participantes⁸.

Recientemente, el Consejo de Estado, con la resolución n.º 4793, de 20 de octubre de 2015, ha remitido al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial relativa a la posibilidad de computar en la actividad principal, también la actividad desarrollada para entes públicos no socios, siempre que esta haya sido impuesta por una administración pública tercera, en el caso del Ente regional.

El tema surgió a raíz del caso de una sociedad dependiente de la administración pública dedicada a la gestión de residuos, a la que el Ente regional impuso, con un procedimiento de autorización, que llevase a cabo el tratamiento y puesta en marcha de la eliminación de residuos para municipios no socios, por razones de protección de la higiene y la salud pública en ámbito regional.

⁸ Entre otros: Tribunal de Justicia, UE, C-573/07, de 10 de septiembre 2008.

La cuestión interpretativa sobre la que el Tribunal de Justicia se va a pronunciar, parece de especial interés, ya que toca la actividad externa de las sociedades dependientes de la administración pública, hasta ahora considerada excluida a efectos del cumplimiento del requisito de la actividad principal.

3 Los principios informadores del “Paquete licitaciones/ concesiones” en materia de contratación doméstica

Una vez enmarcado, aunque de forma resumida, el modelo organizativo de la contratación doméstica, hay que analizar los principios introducidos en relación a dicha figura en el llamado “Paquete licitaciones/concesiones”, cuyos contenidos han sido transpuestos en el art. 5 del nuevo Código de contratación pública que, sustancialmente, lleva a cabo una incorporación *tout court* de lo establecido en el art. 12 de la Directiva 2014/24/UE – *Sectores ordinarios* – y del artículo 17 de la Directiva 2014/23/UE – *Concesiones*.

En concreto, en relación a las modalidades de adjudicación de los servicios públicos hay que destacar el art. 12 de la Directiva n.º 23, en materia de concesiones.

La primera novedad importante es justamente la codificación de un *corpus* de normas dedicado a la figura objeto de análisis que, en gran parte, incorpora y hace positivos los principios enunciados por el Tribunal de Justicia con el caso Teckal, pero introduce también, como veremos, elementos nuevos importantes.

A este respecto, el preámbulo n.º 31 de la Directiva 2014/24/UE se expone que “*La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en materia de contratación doméstica se interpreta de forma diferente por los distintos Estados miembros y administraciones adjudicadoras. Por tanto, es necesario definir en qué casos los contratos celebrados dentro del ámbito del sector público no están sujetos a la aplicación de las normas en materia de contratación pública*”.

La disciplina contemplada en los arts. 12, 17 y 28 de las tres Directivas hay que interpretarla, por tanto, a efectos de la superación de las diferencias de interpretación por parte de los distintos Estados miembros.

En segundo lugar, se contempla de forma muy explícita la configuración de la contratación doméstica como modalidad alternativa de prestación de servicios o ejecución de trabajos, respecto a la adjudicación por medio de procedimientos de transparencia pública.

En consecuencia, el argumento de que la contratación doméstica es una excepción a las normas generales del derecho comunitario, que exigen la celebración previa de un concurso público, hay que revisarla y enfocarla de otra manera.

En este sentido, las nuevas Directivas retoman y desarrollan el proceso normativo e interpretativo descrito, puesto en marcha por la Comisión Europea – a partir de la Comunicación que tenía por objeto “*Los servicios de interés general en Europa*” de 1997 – y la jurisprudencia del caso Teckal.

De hecho, se enuncia positivamente la libertad de autoorganización de la administración pública, y se afirma, en relación a las modalidades de prestación de servicios y ejecución de trabajos, la equiordenación de tres modelos de gestión:

- a) la autoproducción, según el modelo organizativo de la contratación doméstica;
- b) la externalización por medio de concurso público;
- c) la cooperación entre las administraciones.

Esto se desprende claramente de la lectura de algunos preámbulos de las Directivas en cuestión.

Según el Preámbulo n.º 5 de la Directiva n.º 2014/24/UE: *“Debe recordarse que ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva.”*

En este mismo sentido, se manifiesta en el preámbulo n.º 7 de la Directiva sobre sectores especiales n.º 2015/25/UE y en el n.º 5 de la Directiva sobre concesiones n.º 2014/23/UE.

Según el art. 2, párrafo 1, de esta última Directiva, en materia de *“Principio de libertad de administración de las autoridades públicas”*: *“1. La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. [...] Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.”*

Se define así un escenario en el cual los dos principios de libertad de autoproducción de servicios y protección de la competencia tienen idéntica dignidad en el contexto de normas de ascendencia comunitaria, sin perjuicio del control riguroso del cumplimiento de los requisitos para la contratación doméstica, en base a los principios definidos en las nuevas Directivas y de una adecuada justificación en los casos de utilización del modelo⁹.

El tercer aspecto novedoso contemplado en las Directivas en materia de contratación doméstica reside en la concepción de la figura objeto de análisis, no solo como modelo de gestión de servicios públicos, sino también con las características propias de un *“contrato”* entre un sujeto público y personas jurídicas privadas, o entre sujetos públicos.

Los citados artículos de la Directiva hablan, de hecho, de *“contrato”* que puede celebrarse entre *“personas jurídicas de derecho público o de derecho privado”*, ampliando los límites tradicionales de la figura.

Así, los casos de contratación doméstica se clasifican de la siguiente manera:

- *contratación doméstica llamada vertical*, o en sentido estricto, según el modelo tradicionalmente definido por la jurisprudencia comunitaria y nacional, en la que un sujeto público ejerce frente a una persona jurídica de derecho privado – que en la mayor parte de los casos

⁹ Sobre este punto, VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustizia.amministrativa.it

puede pertenecer a la estructura de la sociedad – un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios y se cumple el requisito de la actividad principal, según el esquema de la *delegación entre órganos*;

- *contratación doméstica inversa*, que es aquella en la que el sujeto controlado confía actividades al sujeto controlante, admitiéndose una especie de bidireccionalidad de la contratación doméstica;

- *contratación doméstica llamada horizontal*, que consiste en una forma de cooperación entre entes locales y/o administraciones para prestar servicios públicos dentro del ámbito de su poder de autoorganización, en base a un modelo admitido por el Tribunal de Justicia en 2009, con la llamada sentencia “Hamburgo”¹⁰, en la que se reconducía al modelo de contratación doméstica un acuerdo entre entes locales para la entrega y eliminación de residuos, en una planta de producción de energía a partir de residuos, situada en el territorio de uno de estos, encargando la gestión a un sujeto privado.

Las nuevas directivas, sobre todo en relación a la figura de la contratación doméstica, inciden con un conjunto de reglas, sobre los requisitos del control análogo y la actividad principal.

En relación al primero, además de la codificación expresa de los requisitos Teckal, se contemplan los casos del llamado control análogo “conjunto” y “en cascada”.

Las condiciones establecidas en los arts. 12, 17 y 28 de las tres Directivas a efectos de la legitimidad de dichas figuras son las siguientes:

- los órganos de toma de decisiones deben estar compuestos por todos los socios públicos participantes o por sus representantes;

- los socios públicos tienen que tener capacidad, no solo para ejercer conjuntamente una influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas del organismo controlado, sino también para, cada uno por separado, participar en proporción a su cuota;

- el organismo controlado no debe perseguir intereses contrarios a los de los socios públicos participantes.

Según la jurisprudencia sobre este punto, es necesario que, en caso de pluriparticipación, la participación de cada socio sea adecuada, aunque sea minoritaria, para garantizar su participación efectiva en la gestión del organismo dependiente de la administración pública¹¹.

Este modelo de gestión es especialmente relevante en relación a la estructura organizativa de los servicios públicos en red – servicio de suministro de agua, transportes, residuos – para los que la ley contempla su estructuración en ámbitos territoriales, en los que las funciones de programación, orientación y control son ejercidas por entes que actúan dentro de dicho ámbito¹².

10 Grande Sezione, in C- 480/06, de 9 de junio de 2009.

11 Por último, Consejo de Estado, III, de 27 de abril de 2015, nº 2154, *cit.*; Consejo de Estado, nº 2660, de 26 de mayo de 2015, *cit.*

12 Véanse el art. 3 segundo del D.L. nº 138/2011 y el art. 1, apartado 609, de la Ley de Estabilidad de 2015 y, por último, el borrador del T.U. sobre los servicios públicos locales de interés económico general.

De forma diferente, respecto al caso del control análogo “en cascada” o mediante holding, una administración ejerce el control sobre otra administración y esta última ejerce, a su vez, el control sobre el organismo dependiente de la administración pública.

En este caso se admite la adjudicación directa de la primera administración al sujeto tercero, aunque formalmente no exista una relación directa entre las dos entidades.

Respecto al requisito de la actividad principal, la principal novedad de las Directivas está en la cuantificación de la actividad necesaria para considerar la prevalencia, fijada por la jurisprudencia en un porcentaje del 80%, y en la codificación del método de cálculo de la misma, que puede producirse de dos maneras:

- a través del volumen de negocio medio de los últimos tres años;
- a través de una medición alternativa adecuada, como, por ejemplo, los costes soportados por la persona jurídica dentro de los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión.

En el caso de organismos en fase de *start up* inferior a tres años o en caso de actividades no susceptibles de evaluación, es suficiente acreditar con estimaciones el volumen de actividad desarrollada.

De esto se desprende, que las sociedades adjudicatarias pueden desarrollar en el mercado libre hasta un 20% de su volumen de negocio.

Otra novedad sin precedentes, introducida por las Directivas en relación a la estructura organizativa de los organismos dependientes de la administración pública, es la admisión explícita de la participación de operadores económicos privados en el capital social de la persona jurídica controlada.

Este supuesto representa una novedad para la doctrina jurisprudencial que tradicionalmente exige el requisito de la participación pública totalitaria, excluyendo participaciones privadas tanto minoritarias como potenciales, aunque estén contempladas en los estatutos¹³.

Revisando este enfoque, las Directivas admiten que la contratación doméstica se pueda llevar a cabo también a favor de organismos participados por capitales privados siempre que se den las siguientes condiciones:

- la participación de capitales privados no debe determinar situaciones de control o poderes de veto a favor de dichos socios privados, que les permita ejercer una influencia determinante sobre la sociedad;
- dicha participación esté contemplada expresamente en disposiciones de ley y no entre en contraste con los objetivos comunes de los Tratados.

En cualquier caso, la norma que permite la participación de sujetos privados, solo si ha sido prescrita por las disposiciones de ley, introduce una medida protectora para los Estados Miembros, y ofrece la oportunidad de disciplinar este aspecto de forma compatible con los principios de la competencia.

13 Tribunal de Justicia CE, Secc. III, de 10 de septiembre de 2009, nº C-573/07, Set. Co.; Consejo de Estado, nº 5072/2006; nº 591/2009.

Esta disposición está recogida en el art. 5, apartado 3¹⁴, del D.L. n.º 50/2016.

Antes de entrar en vigor el nuevo Código de contratación pública, la interpretación de dicha disposición suscitó un encendido debate, dado el carácter excepcional de la misma respecto al principio consolidado de la participación pública total de las sociedades dependientes de la administración pública.

Un primer caso jurisprudencial es el del Consorzio Universitario C.I.N.E.C.A., para el que el Consejo de Estado, con dos pronunciamientos opuestos – uno dictado en fase consultiva¹⁵ y otro en fase jurisdiccional¹⁶ – primero admitió la figura de la contratación doméstica para la participación de universidades privadas en el capital social basándose en la premisa del carácter *self-executing* de las Directivas y, posteriormente la excluyó, considerando dirimente que el plazo para la transposición por parte de los Estados miembros todavía no había finalizado.

Sobre esta cuestión, intervino después el D.L., de 19 de junio de 2015, n.º 78, convertido en Ley de 6 de agosto de 2015, n.º 125, que, en coherencia con las afirmaciones contenidas en la sentencia del Consejo de Estado n.º 2660/2015, ha subordinado la participación de los particulares a las tres condiciones enunciadas por el art. 12 de la Directiva n.º 2014/24/UE¹⁷.

Por lo que respecta al modelo del in house horizontal, parece interesante detenerse en los principios enunciados en otro sentido por el Consejo de Estado en el dictamen n.º 1178/2015¹⁸, donde se analiza la cuestión interpretativa planteada por la Agenzia del Demanio, sobre la posibilidad de celebrar acuerdos con entes territoriales y organismos de la seguridad social para la administración y gestión de inmuebles de propiedad pública.

El juez de lo contencioso-administrativo, tras un análisis detallado de la jurisprudencia comunitaria y nacional en la materia, establece los límites a respetar en el momento de la transposición de dicho modelo en ámbito nacional.

En primer lugar, se establece que las actividades objeto del acuerdo de colaboración no deben prever transferencias financieras entre las partes cooperantes, sin perjuicio del reembolso de los costes soportados y no pueden ser objeto de comercialización ni ofrecidas en

14 Art. 5, apartado 3, del D.L. n.º 50/2016, que reza: *“La presente norma no se aplica cuando una persona jurídica controlada, en calidad de administración adjudicadora o ente adjudicador, adjudica una licitación o una concesión a la propia administración adjudicadora o al ente adjudicador controlante, o a otro sujeto jurídico controlado por dicha administración adjudicadora o ente adjudicador, con la condición de que la persona jurídica a la que se adjudica la licitación pública no tenga participación directa de capitales privados, a excepción de formas de participación de capitales privados que no comportan el control o poder de veto, contempladas en la legislación nacional de conformidad con los tratados, y no suponen una influencia determinante sobre la persona jurídica controlada”*.

15 Consejo de Estado, II, dictamen n.º 298, de 30 de enero de 2015.

16 Consejo de Estado, VI, n.º 2660, de 26 de mayo de 2015.

17 La referencia se encuentra en el art. 9, apartados 11 segundo, 11 tercero y 11 cuarto, del D.L. de 19 de junio de 2015, n.º 78, convertido, con modificaciones en Ley de 6 de agosto de 2015, n.º 125. En concreto, el art. 11 cuarto establece que *“Los servicios informativos instrumentales para el funcionamiento de los sujetos que forman parte del sistema educativo, universitario y de investigación pueden ser desarrollados por dichos sujetos directamente o a través de entes, incluso con personalidad jurídica de derecho privado, constituidos por iniciativa de las administraciones públicas contempladas en el artículo 1, apartado 2, del decreto legislativo de 30 de marzo de 2001, n.º 165, y sucesivas modificaciones, y participados por estas, a condición de que se cumplan los siguientes requisitos:*

a) más del 80 por ciento de la actividad del ente consiste en el desempeño de las tareas que le han sido encomendadas por la administración controlante o por otras personas jurídicas controladas por la misma;

b) la persona jurídica controlada no tiene participación directa de capitales privados, a excepción de formas de participación de capitales privados que no comportan control o poder de veto y que no ejercen una influencia determinante sobre la persona jurídica controlada.

c) las administraciones participantes ejercen sobre dichos entes, también de forma conjunta, un control análogo al que estas ejercen sobre sus propios servicios”.

18 Consejo de Estado, II, dictamen n.º 1178 de 11 de marzo de 2015.

el mercado, garantizando los principios de la competencia y de la igualdad de trato de los agentes económicos implicados.

Además, la figura del in house horizontal se enmarca en el caso de los acuerdos contemplados por el art. 15 de la Ley n.º 241/1990, que permite a las administraciones públicas celebrar acuerdos entre estas para desarrollar en colaboración actividades de interés común.

Dentro de estos límites, los acuerdos cuya finalidad sea la gestión y valorización de los patrimonios inmobiliarios, celebrados entre la Agenzia del Demanio y sujetos públicos – entre los cuales se encuentran administraciones centrales y/o periféricas, entes territoriales y entes públicos o sociedades públicas – quedan excluidos del ámbito de aplicación del código de contratación pública y de las Directivas UE.

4 El artículo 5 del D.L. n.º 50 de 2016 y las directrices del proyecto del Texto Único sobre los SIEG

En el escenario normativo actual, las novedades introducidas por las Directivas n.º 23 y 24 de 2014 sobre la figura de la contratación doméstica se encuentran, principalmente, en los arts. 5 y 192 del D.L. n.º 50/2016, que hay que interpretar al mismo tiempo que el decreto de reordenación de los servicios públicos locales de interés económico general, cuyo procedimiento de aprobación se encuentra todavía en vías de desarrollo¹⁹.

Como se ha observado, el art. 5 del nuevo Código de Contratación hace una transposición *tout court* de las disposiciones contempladas en los artículos 12 y 17 de las dos directivas comunitarias, codificando así los principios descritos en materia de control análogo – vertical, conjunto y por medio de holding –, de actividad principal, con los correspondientes porcentajes y modalidades de determinación, y de in house horizontal.

Se incorpora también la novedad de la posible presencia de capitales privados en la estructura organizativa del sujeto dependiente de la administración pública, a condición de que esté establecido en la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y de que el sujeto privado no tenga poderes de veto y control.

En relación a esta última disposición, se señala un pronunciamiento del Tribunal de Cuentas de la Región de Campania, inmediatamente sucesivo a la entrada en vigor del nuevo Código²⁰.

De hecho, el juez del Tribunal de Cuentas, en fase consultiva, se ha pronunciado sobre la cuestión, promovida por un municipio, sobre la posibilidad de fusión entre dos sociedades de gestión del servicio de suministro de agua, de las cuales una tenía participación de capital privado, para crear un sujeto único que opere dentro del ámbito territorial de competencia.

A pesar de la vigencia del art. 5 del Código de contratación pública, no se ha considerado admisible dicha operación, al no existir una norma para el sector *ad hoc* que contemple la obligatoriedad de la participación de capitales privados en organismos de gestión del servicio de suministro de agua.

¹⁹ Se señala el dictamen del Consejo de Estado, Reunión de la Comisión especial, de 3 de mayo de 2016, n.º 1075, en materia de “*Texto único sobre los servicios públicos locales de interés económico general*”.

²⁰ Tribunal de Cuentas, Sección regional de control para la Campania n.º 108, de 22 de abril de 2016.

En otros términos, se considera insuficiente una disposición que permita la adjudicación interna a sujetos con participación de capitales privados, exigiéndose la existencia de una norma especial y prescriptiva en este sentido.

Está claro que dicha interpretación limita aún más las posibilidades de entrada de capitales privados en la estructura organizativa del organismo dependiente de la administración pública.

Las normas establecidas en el art. 192 del código se mueven sobre dos directrices, una, contemplada en los apartados 1 y 3, que prevé la constitución de un elenco en el A.N.A.C. [*Autoridad Nacional Anticorrupción*] de entes adjudicadores de contratos domésticos, sujetos a la obligación de publicidad y transparencia, y la otra, en el apartado 3, que contempla la obligación de motivación en caso de recurrir a la contratación doméstica, que hay que interpretar al mismo tiempo que el art. 7 del Texto Único sobre los SIEG.

En base a la primera disposición, la inscripción en el elenco instituido por el A.N.A.C. se produce a petición del ente adjudicador, bajo la responsabilidad de este último, teniendo el A.N.A.C. poder de control sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para la contratación doméstica, en base a modalidades y criterios a definir posteriormente.

Dicha disposición plantea algunas dudas de interpretación sobre la naturaleza de la obligación de inscripción.

Esta, de hecho, no contempla una presunción absoluta en relación al cumplimiento de los requisitos para la contratación directa, y no legitima las adjudicaciones directas efectuadas.

Con toda probabilidad, es evidente la atribución al A.N.A.C. del poder de control sobre el cumplimiento de los requisitos para la contratación directa, en cualquier caso, sin perjuicio del control judicial sobre la legitimidad de las adjudicaciones.

Desde otra perspectiva, se contempla, para las sociedades adjudicatarias dependientes de la administración del estado, la obligación de publicidad de todos los documentos relacionados con la adjudicación, con el fin de garantizar niveles adecuados de publicidad y transparencia de los procedimientos, a efectos de la ampliación de las obligaciones de transparencia y anticorrupción, contempladas en el D.L. n.º 33/2013 y la Ley 190/2012, a los entes de derecho privado y económicos, en los que las administraciones públicas tengan participaciones o ejerzan poderes de vigilancia y control.

Esta orientación ya estaba presente en la Disposición del A.N.A.C. n.º 8, de 17 de junio de 2015, sobre las "*Directrices para la actuación de la normativa en materia de prevención de la corrupción y transparencia de las sociedades y entes de derecho privado controlados y participados por las administraciones públicas y de los entes públicos económicos*".

Por lo que respecta, sin embargo, a la obligación de motivación que hay que cumplir en caso de recurrir a la contratación doméstica, el art. 192, apartado 2, establece que "*La disposición tiene que incluir las razones por las que no se recurre al mercado y, concretamente, aquellas que demuestran que dicha elección no es comparativamente más desfavorable para los ciudadanos, en relación también a los costes estándar del servicio y los beneficios para la colectividad de la forma de gestión elegida, y en referencia a los objetivos de universalidad, interés social, eficiencia, economicidad y calidad del servicio, así como de la optimización en el empleo de los recursos públicos*".

En línea con esta disposición, está el art. 7, apartados 1-3, del proyecto de Texto Único sobre los SIEG.

El art. 7, apartado 1, al definir las modalidades de gestión de los servicios públicos de relevancia económica, contempla, en línea con el marco comunitario, tres opciones de gestión, del mismo rango:

- a) adjudicación mediante procedimiento de transparencia pública, en aplicación de las disposiciones en materia de contratación pública;
- b) adjudicación a una sociedad mixta, cuyo socio privado haya sido elegido mediante procedimiento de transparencia pública, en base a las modalidades contempladas en el derecho de la Unión europea y el decreto legislativo adoptado según el artículo 18 de la Ley n.º 124 del 2015;
- c) gestión directa, mediante contratación doméstica, dentro de los límites fijados por el derecho de la Unión Europea y las disposiciones en materia de contratación pública y por el Texto Único sobre las participaciones públicas.

A estas modalidades, para los servicios que no sean de red, se añade la gestión en régimen de control administrativo o mediante una empresa especial.

Por lo que respecta a los contenidos a contemplar en el procedimiento de adjudicación, se establece que el ente, antes de elegir la modalidad de adjudicación del servicio, está obligado a acreditar las razones y el respeto de los parámetros comunitarios para la forma de gestión elegida, de conformidad con los principios del derecho europeo, y a definir las obligaciones específicas de servicio público, indicando eventualmente las compensaciones económicas.

Además, se establece que en el procedimiento de adjudicación se debe demostrar también la imposibilidad de subdividir en lotes el proyecto, en cumplimiento de la disciplina comunitaria, con el fin de proteger la libertad de prestación de los servicios y de favorecer formas de competencia comparativa.

Para recurrir a la contratación doméstica, se requiere, en línea con el art. 192, apartado 2, del Código, que se ilustren las razones por las que el recurso al mercado no resulta conveniente, en términos económicos y cuantitativos, para los usuarios y la colectividad.

Por tanto, aunque no se establecen límites a la discrecionalidad de los entes locales para recurrir a la adjudicación directa, se refuerza la obligación de motivar los supuestos de aplicación de dicha forma de gestión, limitando así el margen de maniobra de los entes locales.

En una primera lectura, la disposición según el art. 7 responde a los principios expresados en la ley de habilitación – art. 19 de la Ley n.º 124 de 2015²¹ – en la que se exigía, por una parte, clasificar los tipos de sociedades en base a varios modelos de adjudicación, entre los cuales el de la *“modalidad directa o mediante procedimiento de transparencia pública”* con el fin de elegir la normativa, *“también en base al principio de proporcionalidad de la excepción respecto al derecho privado”* y, por otra, respetar *“los principios del ordenamiento*

21 Ley 7-8-2015 n.º 124, sobre *“Delegaciones de Gobierno en materia de reorganización de las administraciones públicas”*, en G.U., de 13 de agosto de 2015, n.º 187, art. 19 *“Reordenación de la disciplina sobre los servicios públicos locales de interés económico general”*, apartado 1, letra. e).

europeo, incluidos aquellos en materia de autoproducción, y los principios generales sobre contratación pública y, en concreto, los principios de autonomía organizativa, economicidad, eficacia, imparcialidad, transparencia, publicidad, no discriminación, igualdad de tratamiento, reconocimiento mutuo, proporcionalidad” .

A juicio del Consejo de Estado²², la disciplina así estructurada supera el supuesto de inconstitucionalidad, en la parte en la que contempla la valoración discrecional de los entes locales para elegir las modalidades de gestión del servicio, pero exige, al mismo tiempo, reforzar la motivación para recurrir a la adjudicación directa en el contexto de una disciplina que claramente no favorece el recurso al mercado.

De hecho, en base a los principios interpretativos expresados por el Tribunal Constitucional en la resolución n.º 199/2012²³, la introducción de reglas competitivas dentro del ámbito de las decisiones organizativas para la adjudicación de servicios, en nombre de los principios comunitarios de defensa de la competencia y autoorganización, no puede interpretarse como un objetivo impuesto al ente adjudicador, a perseguir mediante un conjunto detallado y prescriptivo de reglas – como sucedía en el art. 23 segundo del D.L. 112/2008, convertido en Ley n.º 133/2008 y en el art. 4 del D.L. 138/2011 – sino como un valor constitucional a proteger y como instrumento del que los entes locales pueden valerse dentro del ámbito de sus decisiones organizativas, para lograr un régimen de competencia efectiva.

Sin embargo, en el mismo dictamen del Consejo de Estado, se ponen de manifiesto posibles problemas de aplicación de la normativa así definida para los entes locales, sobre todo los de menor dimensión, ya que se les encomienda la tarea de llevar a cabo evaluaciones muy complejas para detectar situaciones que desaconsejan el recurso al mercado, que podrían no dimensionarse adecuadamente teniendo en cuenta los profesionales disponibles en la estructura organizativa de los entes más pequeños.

5 Conclusiones

En definitiva, se pueden hacer algunas consideraciones finales sobre las novedades que el llamado “Paquete de licitaciones y concesiones” introduce en tema de contratación doméstica, actualmente codificadas en el art. 5 del nuevo código de contratación pública, en consonancia con el decreto que da actuación a la llamada “Reforma Madia”.

Sin duda, hay que aprovechar la oportunidad, que el legislador comunitario ha brindado, de definir un marco normativo claro y completo para la contratación doméstica y, más en general, para las modalidades de adjudicación de los servicios públicos de importancia económica.

Sin embargo, al aplicar el modelo definido por el derecho comunitario y transpuesto en el nuevo código de contratación, no solo hay que contemplar soluciones especialmente restrictivas para la contratación doméstica, teniendo en cuenta los principios afirmados por el Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 199/2012, sino también evitar futuras fugas, avalando lecturas que eluden el modelo definido por el derecho comunitario.

22 Véase el dictamen del Consejo de Estado, Reunión de la Comisión Especial, 3 de mayo de 2016, n.º 1075, *cit.*

23 Tribunal Constitucional, n.º 199, de 17 de julio de 2012, en www.gjurcost.org, donde se declara la ilegitimidad constitucional del art. 4, D.L. 138/2011 por contraste con el art. 75 de la Constitución, dado que reproduce el art. 23 segundo del D.L. n.º 112/2008, convertido en Ley n.º 133/2008, derogado en fase de referendo.

A juicio de la autora, sin embargo, habrá que afrontar algunos problemas de aplicación, además de los que se han comentado, que quedan al margen de la normativa recientemente entrada en vigor.

Es el caso, por ejemplo, del tema de la participación directa de agentes privados en la estructura organizativa interna.

Se trata de una norma especialmente innovadora, incluso respecto a la jurisprudencia comunitaria que puede crear no pocos problemas de aplicación.

La reciente lectura dada a la norma por el juez del Tribunal de Cuentas limita notablemente los márgenes de utilización de dicho modelo, al limitar al mismo tiempo sus posibilidades de aplicación.

Quedan preguntas abiertas sobre las modalidades de selección del sujeto privado y la estimación del porcentaje de participación societaria que excluye la existencia de poderes de veto y control.

Habrá que evitar que la participación directa de operadores económicos privados en el capital de la controlada pueda determinar situaciones de ventaja para estos últimos respecto a otros agentes económicos privados.

Otro tema de interés es la regulación del in house horizontal, cuyo ámbito concreto de aplicación y cuyas analogías y diferencias respecto a los acuerdos contemplados en el art. 15 de la Ley n.º 241/1990 habrá que aclarar.

Por último, de la lectura combinada del art. 5 del nuevo Código y las disposiciones contenidas en el proyecto de Texto Único sobre los SIEG, se desprende la voluntad legislativa general de contemplar, como regla general, que la adjudicación de servicios públicos de interés general se lleve a cabo mediante procedimientos competitivos y de transparencia pública, limitando las posibilidades concretas de recurrir a una adjudicación directa sin concurso.

Por tanto, la tendencia normativa nacional confirma un enfoque restrictivo ante el tema de la contratación doméstica, aunque el legislador interno haya sido coherente con el ordenamiento europeo, garantizando un nivel de protección de la competencia efectiva y no limitando *ex ante* la libertad de los entes adjudicadores para decidir sobre las modalidades de gestión.

Dicha interpretación parece confirmada, dadas las consideraciones manifestadas por la Autoridad Garante de la competencia y del mercado, en la audiencia de 13 de julio de 2016 sobre el *“Proyecto de decreto legislativo para el texto único sobre los servicios públicos locales de interés económico general”*²⁴, donde se hace una lectura positiva de la disciplina contenida en el art. 7 sobre las modalidades de gestión de los servicios y se consideran superados eventuales supuestos de inconstitucionalidad de la norma, en nombre del principio de la libertad

24 Audiencia de la Autoridad Garante de la competencia y del mercado – Comisiones Conjuntas I y V de la Cámara de los Diputados – dentro del ámbito del análisis del *“Proyecto de decreto legislativo relativo al texto único sobre los servicios públicos locales de interés económico general”*, 13 de julio de 2016.

de organización del servicio, reconocido a los entes locales por el Tribunal Constitucional y actualmente retomado por el nuevo Código de contratación.

6 Bibliografía

VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, en www.giustizia.amministrativa.it

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Magistrado (Galicia, España)
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Municipios de gran población. Titular de la asesoría jurídica: naturaleza jurídica y sistema de provisión. 1.2 Derecho de funcionarios y cargos públicos municipales al reembolso de gastos asumidos por defensa judicial en procesos penales en los que resultaron absueltos. 1.3 Requisitos formales necesarios para que una Corporación local pueda promover un proceso contencioso-administrativo. Informe preceptivo del secretario municipal. 1.4 Ordenanza de uso del gallego en la Administración municipal. 2 Contratos públicos-comercio. 2.1 Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia. Superación del plazo máximo de prórroga. Inaplicación de ley autonómica por incompatibilidad con el derecho comunitario. 2.2 Declaración de zona de gran afluencia turística. Horarios comerciales. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Anulación de acuerdo del Jurado de Expropiación de Galicia de fijación de justiprecio derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico que dio causa a la expropiación. Efectos de la anulación. 4 Extranjería. 4.1 Extranjeros en situación irregular. Solo cabe la expulsión como regla general. Interpretación de la sentencia del TJUE "Zaizoune". 4.2 Autorización de residencia de ciudadano de fuera de la Unión Europea por matrimonio o relación *more uxorio* con español. No se le puede exigir acreditar solvencia económica. 5 Personal. 5.1 Extensión de la figura de los "indeterinos" al personal estatutario (sanitario). 6 Responsabilidad patrimonial. 6.1 Responsabilidad directa de la Administración por daños causados por su contratista. Defectuosa prestación sanitaria en centro privado concertado. Legitimación pasiva de la Xunta de Galicia y competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. 6.2 Cálculo de los intereses de demora cuando concurren aseguradoras de la Administración. 6.3 Responsabilidad patrimonial por la anulación de un Plan General de Ordenación Municipal. 7 Telecomunicaciones. 7.1 Inconstitucionalidad (parcial) de la Ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia. 8 Tributos. 8.1 Institución de la "apartación" gallega. Pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata. Transmisión exenta de IRPF. 8.2 IRPF. Dietas exentas. Le corresponde al empresario y no al trabajador la carga de acreditar ante la Agencia Tributaria la veracidad de los conceptos de los que derivan las dietas. 8.3 IRPF. Pago anticipado de deducción por maternidad. Acreditación del ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena. 9 Urbanismo y medio ambiente. 9.1 Inaplicación del régimen de distancias del antiguo Reglamento de actividades molestas, nocivas y peligrosas a una estación depuradora de aguas residuales de nueva construcción. 9.2 Catálogo español de especies exóticas invasoras. 9.3 Plan de ordenación del litoral de Galicia. 9.4 Prescripción de cuotas de urbanización. Plazo de quince años.

1 Administración local

1.1 Municipios de gran población. Titular de la asesoría jurídica: naturaleza jurídica y sistema de provisión

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 9 de marzo de 2016 (rec. 416/2015, ponente: Ilma. Sra. Rivera Frade) confirmó una resolución de un Ayuntamiento de gran población por la que se le adjudicó el puesto de titular de su asesoría jurídica a un letrado de la Xunta de Galicia. El TSJG concluyó en primer lugar que no era necesario someter a negociación colectiva ni comunicación sindical el procedimiento de provisión del puesto. En segundo lugar analizó su naturaleza jurídica, admitiendo la procedencia de su provisión por el sistema de “libre designación”, con las siguientes consideraciones:

«(...) Respecto de este puesto de trabajo, esta sala ha dicho, en la Sentencia de 23 de febrero de 2011 (Recurso: 470/2010) y en la posterior de 18 de enero de 2012 (Recurso: 298/2011), que se trata de un órgano directivo de índole política, que también tiene en cuenta criterios de oportunidad. Esta interpretación, acomodada a las previsiones legales, es la que debe prevalecer sobre lo razonado en la Sentencia de 18 de abril de 2012, que enjuició la cuestión sometida a debate únicamente a la luz de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, omitiendo la aplicación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que es la que califica el puesto litigioso como puesto de carácter directivo, y que como tal puede cubrirse por el sistema de libre designación. Así lo permite la normativa autonómica antes citada. (...) En cuanto a la motivación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de septiembre de 2014, por el que se nombra a don ----- para el puesto de asesor jurídico, diremos en primer lugar que nos encontramos con un puesto de libre designación en el que concurren las notas de especial responsabilidad y confianza. El artículo 80.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, establece que “La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto” (mismo precepto del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público). Este sistema de provisión de puestos de trabajo tiene carácter excepcional y, como ya se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2002 (Recurso número 1418/2000), el nombramiento para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales (letra f del artículo 54.1 de la Ley 30/92, modificada por Ley 4/1999), consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada para la designación ha de tener en la persona designada, relación de confianza que solo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. Y así como el carácter discrecional viene justificado por la especial responsabilidad y confianza que caracteriza a los puestos de trabajo que se pueden proveer por este sistema (artículo 80.2 del EBEP), es verdad que el carácter discrecional del nombramiento, al igual que el de su cese, exigen un plus de motivación conforme a lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/92 (artículo 35.1 i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en periodo de vacatio legis). Este plus de motivación se cumple en este caso aunque lo sea

a través de una escasa pero suficiente referencia a la condición del candidato seleccionado como letrado de la Xunta de Galicia y a los méritos de experiencia profesional y formativa que se recogen en su currículum. Esa cita expresa e inequívoca a la condición de miembro del cuerpo de letrados de la Xunta de Galicia remite derechamente a la valoración positiva de la condición de acceso a ésta que constituye un mérito objetivo (superación de pruebas selectivas de escala superior jurídica con arreglo a temario adaptado al ámbito autonómico), del que carece el recurrente, y que es el eje sobre el que pivota la decisión del nombramiento cuestionado. Constituye un dato objetivo que permite un control sobre el acierto y seriedad de la decisión última, basada a su vez, como es consustancial a la naturaleza del puesto convocado, a razones de confianza y juicio de idoneidad del aspirante seleccionado, letrado de la Xunta de Galicia por oposición desde el año 2001».

1.2 Derecho de funcionarios y cargos públicos municipales al reembolso de gastos asumidos por defensa judicial en procesos penales en los que resultaron absueltos

La Sentencia del TSJG de 2 de mayo de 2016 (Rec. 63/2016, ponente: Ilmo. Sr. López González) reconoce en primer término y con carácter general el derecho de los empleados públicos de las corporaciones locales al reembolso, a cargo de la Administración, de los gastos asumidos por su defensa judicial en procesos penales concluidos con sentencia absolutoria. Pero establece al mismo tiempo una excepción: cuando la imputación del servidor público derivó de una actuación claramente irregular, pese a que finalmente no conlleve condena penal. Y así, en el caso concreto examinado, confirma la desestimación de la solicitud del actor de reembolso de los 63.000 euros que gastó por honorarios de letrado, porque:

«(...) Es evidente que la intervención del apelante en el hecho por el que fue imputado no puede ser tildada de irrelevante; él inició el expediente administrativo en su calidad de director general y él cursó las invitaciones aludidas. Todo conduce a pensar que nos hallamos ante un proceso teledirigido con el exclusivo ánimo de adjudicar el contrato a la empresa -----, bajo la apariencia externa de un concurso de libre concurrencia y competitivo (...). Y si, a consecuencia de aquella anulación de la adjudicación operada, se siguió un procedimiento penal contra el aquí demandante, el hecho de que recayese sentencia absolutoria en la Audiencia Provincial no puede producir el efecto pretendido por el recurrente, pues tal absolución se asentó en motivos de forma, al entender dicho órgano jurisdiccional que el contrato no había llegado a perfeccionarse. Pero el Tribunal Supremo, por Sentencia de 27 de junio de 2013, en vía de casación contra la anterior resolución judicial, se expresó de modo diáfano y terminante, al decir: "... se está ante una resolución que debe ser estimada de prevaricadora por el apartamiento absoluto del principio de legalidad. Precisamente, la total falta de competencia por quien adopta la resolución y la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento administrativo constituyen la exteriorización de la arbitrariedad de la resolución concernida". No es de recibo ampararse en que el Tribunal Supremo no dictó sentencia condenatoria contra ninguno de los intervinientes, toda vez que tal decisión devino imposible desde el momento en que tenía vedado el análisis de la prevaricación al no haber sido objeto de examen en la sentencia recurrida en casación por detenerse ésta en la inexistencia de contrato. Pero, a nadie escapa, y así se infiere de la resolución judicial antes transcrita, que la actuación del Sr. ----- contravino las más esenciales normas de imparcialidad y objetividad en la actuación administrativa; no en vano,

Regap



NOTAS

el Tribunal Supremo alude, al hablar de la resolución administrativa, a la prevaricación y a la arbitrariedad. Y no olvidemos que el actor fue el principal promotor de tal desafuero dada su condición de director general y, por ende, de máximo responsable en su departamento. Y no deja de resultar sorprendente que, habiendo salido bien parado de aquella complicada situación jurídico-penal, tenga aún la osadía de postular una indemnización por los gastos que de su defensa jurídica en los procedimientos seguidos se le han derivado, pretendiendo trasladar el cargo a los fondos públicos que tan alegre y deficientemente gestionó en su etapa de director general del Ayuntamiento de Ourense. La mención que se hace a un tercer implicado al que sí se le indemnizó por los gastos de su defensa jurídica no puede ser tenida en cuenta, toda vez que la sentencia del Tribunal Supremo en modo alguno le afectaba al no haberse interpuesto, en relación con él, el recurso de casación por el Ministerio Fiscal».

1.3 Requisitos formales necesarios para que una Corporación local pueda promover un proceso contencioso-administrativo. Informe preceptivo del secretario municipal

El TSJG, en su Sentencia de 14 de abril de 2016 (Rec. 4027/2013, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa), inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Concello das Neves contra el Decreto 219/2012, de 31 de octubre, aprobatorio del deslinde de los términos municipales de Arbo, As Neves y A Cañiza, por incumplimiento de requisitos formales, con el siguiente razonamiento:

«(...) Al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del documento que acredite la representación del compareciente –artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa–. Los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales deberán adoptarse previo dictamen del secretario, o, en su caso, de la asesoría jurídica y, en defecto de ambos, de un letrado –artículo 54.3 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril–. Los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales deberán adoptarse previo dictamen del secretario o, en su caso, de la asesoría jurídica, y, en defecto de ambos, de un letrado –artículo 221.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre–. La existencia de dicho informe constituye una “garantía para que el órgano que ha de adoptar los acuerdos a que se refiere el informe lo haga con pleno conocimiento de causa” –Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17/05/2005 dictada en el Recurso 3000/2001–. El ayuntamiento codemandado alegó al contestar que no existe el informe previo exigido legalmente, y el ayuntamiento demandante no dijo nada al respecto al concluir. El dictamen del secretario municipal o letrado no se acompañó al escrito de interposición ni al de conclusiones. De lo actuado, resulta que el recurso se interpuso por persona no legitimada. La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso cuando se hubiera interpuesto por persona no legitimada –artículo 69.b) LICA–. La alegación de inadmisibilidad ha de ser estimada».

1.4 Ordenanza de uso del gallego en la Administración municipal

En la Sentencia del TSJG de 18 de febrero de 2016 (Rec. 4710/2013, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) se fiscalizan todos los preceptos de la “*Ordenanza de uso do galego na Administración municipal de Lugo*” aprobada por dicho Concello en el año 2012, anulándose aquellos que el Tribunal concluye que vulneran el derecho a utilizar la lengua castellana en las actuaciones y dependencias municipales.

2 Contratos públicos-comercio

2.1 Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia. Superación del plazo máximo de prórroga. Inaplicación de ley autonómica por incompatibilidad con el derecho comunitario

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Secc. 3.ª) de 14 de marzo de 2016 (Rec. 3718/2012, ponente: Excmo. Sr. Espín Templado) anuló la resolución de la Xunta de Galicia de 26 de febrero de 2010, aprobatoria del Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera, en cuanto a su previsión de prórroga automática de las concesiones, con esta argumentación:

«(...) Considera la Comisión Nacional de la Competencia que, aunque la previsión de una prórroga de las concesiones se encuentra prevista en la Ley gallega 5/2009, de 26 de noviembre, el mecanismo que activa dicha prórroga es la resolución de 26 de febrero de 2010 impugnada en la instancia. Y sostiene que dicha resolución, al hacer efectiva la prórroga, ocasiona un resultado contrario al artículo 4.3 del Reglamento comunitario 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, que establece de manera taxativa que “la duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar diez años para los servicios de autobús o autocar...”. Y añade que la citada resolución, que es la que determina la existencia efectiva de las prórrogas de las concesiones, es de 26 de febrero de 2010, mientras que el reglamento había entrado en vigor el 3 de diciembre de 2009. Señala que no se impugna una norma de rango legal, sino la referida resolución y añade que la sentencia ignora los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario.

Esta sala tercera ha resuelto ya la cuestión de fondo que se plantea en este recurso, relativa a la compatibilidad de prórrogas a las concesiones de transporte público por carretera más allá de los diez años en total, en la Sentencia de 1 de octubre de 2014 (RC 2437/2013) y en la muy reciente de 15 de febrero de 2016 (RC 2999/2013) (...).

Aunque sea cierto que es la Ley autonómica 5/2009, de 26 de noviembre, la que prevé las prórrogas, es sin embargo la resolución de 26 de febrero de 2010 impugnada en la instancia la que determina la efectiva vigencia de éstas. (...) En consecuencia, la alegada contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del reglamento comunitario invocado respecto a la duración máxima de las concesiones como consecuencia de la prórroga se debe a la resolución que la hace efectiva, y no a la previsión genérica de ésta contemplada en la ley. (...) Ello no obstante, no debe olvidarse que la primacía y efecto directo del derecho comunitario obligan incluso a la inaplicación de cualquier norma interna que sea contraria a él, incluso de rango legal.

regap



NOTAS

Aplicabilidad del reglamento comunitario. Una segunda cuestión litigiosa es la aplicabilidad del Reglamento CEE 1370/2007 al supuesto de autos, cuya respuesta viene ya dada tras lo que se acaba de decir. En efecto, si bien la Ley autonómica citada es de 26 de noviembre de 2009, la resolución impugnada que determina la efectiva prórroga de las concesiones es de 26 de febrero de 2010 y, por consiguiente, posterior a la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1370/2007, que se produjo el 3 de diciembre de 2009, según determina su artículo 12. Por consiguiente, cuando se aprueba la prórroga de las concesiones están ya en vigor las limitaciones contenidas en el artículo 4 del citado reglamento.

Incompatibilidad de las prórrogas con el reglamento comunitario. Finalmente, es preciso reiterar lo dicho en las sentencias de esta sala a las que ya se ha hecho referencia y confirmar que la prórroga de las concesiones más allá de los diez años de duración total, prórroga hecha efectiva en este supuesto por la resolución de 26 de febrero de 2010, resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 4.3 del Reglamento CEE 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre, cuya entrada en vigor se había producido el 3 de diciembre de 2009. El citado precepto del reglamento establece lo siguiente: "3. La duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar los diez años para los servicios de autobús o autocar y 15 años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos ferroviarios. La duración de los contratos de servicios públicos relativos a diversos modos de transporte se limitará a 15 años si los transportes por ferrocarril y otros modos ferroviarios representan más del 50 % del valor de los servicios en cuestión."

Por otra parte y como pone de relieve el abogado del Estado en representación de la Comisión, el apartado 4 del propio artículo 4 solo prevé la prórroga de las concesiones en términos muy delimitados y como máximo por la mitad del período original, mientras que la prórroga prevista por la ley gallega y hecha efectiva por la resolución impugnada en la instancia es incondicional y por diez años más a todas las concesiones en vigor, con independencia de su período inicial, del período ya transcurrido y de cualquier otra circunstancia».

2.2 Declaración de zona de gran afluencia turística. Horarios comerciales

El TSJG, en su Sentencia de 27 de abril de 2016 (Rec. 43/2015, ponente: Ilmo. Sr. López González), desestimó el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra la resolución de la Secretaría Xeral Técnica de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia de 15 de diciembre de 2014, por la que se aprobó la propuesta motivada del Concello da Coruña de declaración de determinadas áreas del municipio de A Coruña como zona de gran afluencia turística (DOG de 29/12/2014), con las siguientes consideraciones:

«(...) La Ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, establece, en términos generales –y así se infiere de su exposición de motivos–, el régimen de los horarios comerciales, sin perjuicio de lo que dispongan las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias, en relación con los horarios de apertura y cierre de los locales de comercio. Vaya por delante que la regla general establece la libertad de horarios, si bien se matiza en dos aspectos: el de la apertura y cierre de los comercios en días laborables, que no puede verse restringido por la Comunidad Autónoma a menos de 90 horas; y el de autorización de apertura en domingos y festivos, respecto de lo que la ley estatal señala que no podrá ser inferior a dieciséis domingos y festivos, aun cuando la Comunidad Autónoma

podrá modificar ese límite que, en ningún caso, podrá ser inferior a diez. Todo ello sin perjuicio del régimen especial con plena libertad de horarios y apertura que el artículo 5 prevé para determinados establecimientos, por su especialización (pastelería, prensa, combustible, etc.) o por sus reducidas dimensiones (superficie útil inferior a 300 metros cuadrados).

El apartado 4 del artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, traslada a las Comunidades Autónomas la competencia, a propuesta de los Ayuntamientos, para la determinación de las zonas de gran afluencia turística, cuando concurren concretas circunstancias, debiendo justificarse en la propuesta cualquier limitación de carácter temporal que se introduzca. Y el apartado 5 del indicado precepto legal prevé la existencia de aquella zona para municipios con más de 100.000 habitantes que registraran en el último año más de 600.000 pernoctaciones, o que cuenten con puertos en los que operen cruceros turísticos que recibieran en el año anterior más de 400.000 pasajeros (entre estos municipios se incluye el de A Coruña). En estos casos, si transcurriesen seis meses desde la publicación de esos datos por el Instituto Nacional de Estadística, sin declaración de zona de gran afluencia turística, se entenderá declarada como tal la totalidad del municipio.

Esta normativa responde a la necesidad de conciliar el turismo y el comercio, en cuanto aquél constituye un impulso evidente de éste y un beneficio, a la postre, para el consumidor y usuario.

No parece discutible que en el proceso de tramitación de la declaración emitida no se hayan observado las prescripciones legales. Las zonas declaradas no abarcan la totalidad del municipio ni, temporalmente, se extienden a toda la anualidad, y no olvidemos que la Ley 1/2004 permite limitar, temporal y territorialmente, el alcance de aquella declaración.

No corresponde a esta sala valorar la conveniencia o inconveniencia de esta medida, es decir, analizar si resulta o no más favorable la plena y absoluta libertad de horarios que, de cara a sus intereses comerciales, postula la parte demandante; la misión de este tribunal se reduce a determinar si la declaración de referencia se ajusta o no al ordenamiento jurídico.

Y en este punto, nada se aprecia que permita afirmar que lo acordado no sea conforme a derecho, cuando la declaración se adapta perfectamente a la normativa legalmente establecida, vigente y no impugnada por la parte actora, en cuanto se sujeta a los criterios y procedimientos que en ella se recogen y resulta absurdo negar que las zonas declaradas son de gran afluencia turística. Tampoco cabe dejar en el olvido que esa medida, como queda dicho, responde a la necesidad económica de fomentar el comercio minorista y aparece adecuadamente motivada y razonada por el Ayuntamiento. Siendo ello así, desconoce esta sala en qué aspectos se vulneran los principios de igualdad y no discriminación y el de proporcionalidad, cuando nos hallamos ante una regulación que persigue una mejora del sistema económico, conciliadora de los intereses de los pequeños comerciantes, de los turistas que visitan la ciudad, cuyo desarrollo es vital para la economía en general, y, en definitiva, de los consumidores y usuarios. La plena libertad de horarios y apertura que, en el fondo, pretende la parte recurrente constituye un debate ajeno al aquí planteado. Por las razones expuestas, procede desestimar el recurso planteado».

Regap



NOTAS

3 Expropiación forzosa

3.1 Anulación de acuerdo del Jurado de Expropiación de Galicia de fijación de justiprecio derivada de la nulidad del planeamiento urbanístico que dio causa a la expropiación. Efectos de la anulación

El TSJG (Secc. 3ª), en su Sentencia de 3 de mayo de 2016 (Rec. 7677/2013, ponente: Ilmo. Sr. Cibeira Yebra-Pimentel), anuló un acuerdo del Jurado de Expropiación de Galicia de fijación de justiprecio por la circunstancia sobrevenida de la anulación del plan urbanístico que dio causa a la expropiación. Analiza las consecuencias de dicha anulación en los siguientes términos:

«(...) ningún obstáculo puede oponerse a que por la parte actora se denuncien aquí vicios ajenos al expediente de justiprecio que afectan a trámites esenciales para la legalidad del procedimiento de expropiación urgente seguido, como es la falta de motivación de la declaración de urgencia o la ausencia de circunstancias excepcionales que la justifiquen. La aplicación de tal doctrina justifica, por tanto, que se declare concretamente nulo el procedimiento expropiatorio seguido en relación con la parcela del recurrente objeto de este recurso, y, partiendo de este efecto, que se declara precisamente ahora en la parte dispositiva de la sentencia, que se condene a la Administración expropiante a la restitución de la finca expropiada a la parte recurrente, o, subsidiariamente, si esa restitución real e in natura no fuese posible, que se indemnice a los recurrentes con una indemnización equivalente al justiprecio». Por otro lado, también se añadía que “En cuanto a esta cuestión, –adelantándonos así al hipotético supuesto de que no sea posible la restitución in natura de los terrenos afectados– y en contra de las soluciones anteriores aportadas por la jurisprudencia –que solían acordar, como perjuicio relacionado genéricamente con el concepto de privación ilícita y por vía de hecho de la posesión y uso de la parcela que suponía la declaración de nulidad del proyecto expropiatorio, un incremento del 25% de lo que resultaba del justiprecio– la disposición final segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2012, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, introdujo en su apartado cuarto una solución completamente distinta, al establecer, con efectos de 1 de enero de 2013 y con vigencia indefinida, una disposición adicional modificativa y complementaria de la L.E.F. en los siguientes términos: “En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado su nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y en condiciones del artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”. Tal norma obliga, por imperativo legal, a proceder de esa manera, por su indudable vigencia en este momento procesal, ya que es esta sentencia la que declara la nulidad del procedimiento expropiatorio –con independencia de la derivada de la sentencia anterior respecto a la resolución y decreto antes mencionados, que no pueden aplicarse con carácter retroactivo– y, a la vista de que la parte recurrente no ha acreditado daño o perjuicio alguno derivado de la declaración de nulidad ahora acordada –pudiendo deducirse incluso que en alguno casos ni siquiera se había procedido a la ocupación de la finca o discutido su posible afectación, problemas que, lógicamente, habrán de aclararse en fase de ejecución de sentencia– las peticiones indemnizatorias que superen la cantidad correspondiente al justiprecio no pueden ser estimadas, por lo que esta pretensión del recurso ha de rechazarse, siendo de significar

que tampoco en fase de conclusiones –cuando ya estaba efectivamente vigente la nueva normativa– la representación procesal de la actora hizo la más mínima alusión a que sus pedimentos pudieran verse afectados y limitados por ella. “(...) Al cumplirse, pues, las condiciones legales para estimar la pretensión principal de lo que se pide en la demanda, procede acceder a ella en los términos en que ésta se ha presentado, en la medida en que la nulidad total del contenido del acuerdo por el que el jurado fijó el justiprecio de los bienes expropiados correspondientes a esta finca hace innecesario entrar en las consideraciones legales tenidas en cuenta por este organismo tasador para haber llegado a ese resultado valorativo que se impugnaba de manera subsidiaria. Aun así, no apreciamos error interpretativo alguno en las pautas de valoración que adopta, siendo manifiesto que había que tasarlo, por su situación legal de rural de una de las fincas, de acuerdo con el método de capitalización de rentas, y, respecto a las edificaciones, por el método de coste de reposición, siendo muy dudoso que pudiera corresponderle a los dueños cualquier otra indemnización por un concepto distinto. En todo caso, el justiprecio que pudiera corresponder por una nueva tasación tendría que fundamentarse en unos criterios muy parecidos, y, por las razones expuestas al final del fundamento tercero, sin incremento alguno a éste del porcentaje al que se refiere la demanda».

4 Extranjería

4.1 Extranjeros en situación irregular. Solo cabe la expulsión como regla general. Interpretación de la sentencia del TJUE “Zaizoune”

En su Sentencia de 3 de febrero de 2016 (Rec. 472/2015, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira), el TSJG revocó la de instancia y confirmó la sanción de expulsión de un ciudadano marroquí en situación irregular. El tribunal gallego interpreta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14 “Zaizoune”) concluyendo que con carácter general debe imponerse directamente a los extranjeros en situación irregular una orden de expulsión (con la consiguiente prohibición de entrada), sin previo plazo para salida voluntaria, ni sanción de multa, aunque no concurren circunstancias agravantes, por las siguientes razones:

«(...) Resulta evidente que dicha doctrina comunitaria impide que pueda sustituirse la expulsión decretada por multa, pues en la reseñada sentencia TJUE se declara que la normativa y jurisprudencia española sobre expulsión del extranjero con permanencia ilegal no se ajusta a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, en cuanto se permite la sustitución de la expulsión del extranjero que permanece ilegal en territorio español por la medida de la multa. Por tanto, la aplicación del principio de interpretación conforme al derecho comunitario de la normativa interna (Sentencia Van Munster de 5 de octubre de 1994 (C-195/1991), la sentencia Marleasing, C-106/89, de 13 de noviembre de 1990, y la de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-523/13), ha de llevar a que la Administración o los jueces españoles reserven en el futuro la aplicación de la multa o consideren improcedente la expulsión cuando se verifique alguna de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del artículo 6.1 de la mencionada Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (...). La tesis de la aplicación automática de dicha sentencia TJUE en los casos del artículo 53.1.a de la LO 4/2000 es la seguida mayoritariamente por las salas de lo contencioso-administrativo de los distintos tribunales superiores de justicia. (...) Esta

Regap



NOTAS

sala se alinea con la tesis seguida mayoritariamente por las salas que se han mencionado, y entiende que solo puede examinarse y plantearse la posibilidad del requerimiento previo de salida voluntaria, a que se refieren las modernas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, si expresamente lo solicita la parte interesada».

La sentencia contiene un voto particular (Ilmo. Sr. Díez Casales) en el que se defiende la tesis contraria. Se afirma en dicho voto que:

«(...) Es cierto que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la Ley orgánica de extranjería en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de multa y expulsión, pero lo que exige la directiva (así lo recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia en los apartados 31 y 32) es que se dicte una resolución de retorno y, por lo dicho, creo que la multa con el recordatorio de la obligación de salida cumple con esa exigencia, máxime si va acompañada con la advertencia de que, de no atenderse por el ciudadano extranjero, se puede iniciar un nuevo expediente en el que cabría imponer la sanción de expulsión que, además, suele venir acompañada de la prohibición de regresar por un período que puede alcanzar hasta los 5 años (artículo 58.1 de la Ley orgánica 4/2000). Ciertamente, esta cuestión no puede resultarnos irrelevante, ya que no podemos desconocer que a los extranjeros en situación irregular no les resulta indiferente que se les imponga exclusivamente una multa acompañada de la obligación de irse, que una expulsión con prohibición de entrada. Es evidente que esta segunda alternativa es mucho más gravosa en la generalidad de los casos. (...) Basándose en ello, mantengo que lo que deriva directamente de la directiva es la obligación del dictado de una resolución de retorno que conlleva, paralelamente, el nada desdeñable efecto de posibilitar su cumplimiento voluntario por su destinatario que evitaría de este modo el indeseable efecto de la prohibición de entrada, sin perjuicio de que dicha obligación de salida vaya acompañada de la advertencia de que su incumplimiento podrá acarrear su expulsión. Por lo que, en definitiva, entiendo que en la St. del Tribunal de Justicia no se agotaron las posibilidades de interpretación del derecho interno conforme a la directiva comunitaria, lo que me lleva respetuosamente a concluir que no puede mantenerse que a raíz de la comentada sentencia ya solo cabe la expulsión».

4.2 Autorización de residencia de ciudadano de fuera de la Unión Europea por matrimonio o relación more uxorio con español. No se le puede exigir acreditar solvencia económica

El TSJG, en su Sentencia de 27 de abril de 2016 (Rec. 62/2016, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira), confirmó la anulación de una resolución de la Administración del Estado que denegó la autorización de residencia a una ciudadana chilena casada con un español por la única razón de no haber acreditado ingresos económicos suficientes, considerando que:

«(...) Pese a que resulta encomiable el esfuerzo desplegado por el representante de la Administración General del Estado en defensa de su tesis, la interpretación que propugna el abogado del Estado choca frontalmente con el tenor literal de los artículos 7 y 8 del RD 240/2007, y prácticamente deja sin ámbito de aplicación a este último. Así, tal como aclaramos en sentencias de 9 de octubre de 2013 (rollo de apelación 273/2013), 11 de diciembre de 2013 (Rollo de apelación 328/2013), 29 de octubre de 2014 (Rollo de apelación 267/2014) y de 4 de marzo de 2015 (Rollo de apelación 431/2014), y como se desprende de los respectivos

epígrafes, así como de sus contenidos, el artículo 7 alude a la autorización de residencia de ciudadanos de la Unión Europea, no españoles, que persiguen establecerse por más de tres meses en nuestro país, mientras que el artículo 8 se refiere a la autorización de residencia de familiares de ciudadanos europeos que tratan de reunirse con éstos y residir en España por tiempo superior a tres meses, con la necesidad de solicitar y obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Este último es el único precepto de los dos en que se menciona la obligación de solicitar y obtener una "tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión", cuya denegación es lo que motiva este litigio. Y tal obligación literalmente afecta a los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del RD 240/2007, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él.

En el artículo 7 no se habla de dicha obligación ni se alude para nada a la citada tarjeta de residencia, sin que explique el abogado del Estado cómo es posible que hayan de exigirse los requisitos del artículo 7, que tiene su ámbito y regulación propia, si se está solicitando dicha tarjeta de residencia del artículo 8, y en éste no existe remisión alguna a las condiciones del artículo 7. Por lo demás, tal como figura en su enunciado, la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, ha sido dictada para la aplicación del artículo 7 del Real decreto 240/2007, de 16 de febrero, y en su preámbulo deja clara cuál fue la razón que motivó su aparición (...). Se trataba del caso de los ciudadanos europeos que se desplazaban a España y se servían de los servicios públicos españoles (en especial, los sanitarios), tratando de salir al paso del grave perjuicio económico que significaba para nuestro país la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a dichos ciudadanos europeos.

De lo anterior se desprende que el artículo 8 es el precepto aplicable al supuesto que nos ocupa, pues parece obvio que si el ciudadano residente en España, con el que la actora trata de reunirse, ostenta la nacionalidad española, carece de sentido que aquel tenga que acreditar su solvencia económica. Por la misma razón, esta exigencia cesa en relación con la persona, en este caso la actora, que está unida por vínculo conyugal con el ciudadano español (artículo 2.ª del RD 240/2007) y trata de reunirse y convivir con él en España. En consecuencia, si en el caso de litis se trata de aquella solicitud de tarjeta de residencia del artículo 8, no cabe exigir los requisitos del artículo 7, que tiene un ámbito diferente, y tampoco cabe aplicar la Orden de 9 de julio de 2012, que tiene un objetivo, el de evitar el perjuicio económico para España, que no juega en este caso, por mucho que en el preámbulo se diga que esta materia debe aplicarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la Sentencia de 1 de junio de 2010, por lo que el término familiar de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea incluye a los familiares de un ciudadano español que se reúnan o acompañen al mismo, pues si son los ciudadanos europeos no españoles, y en su caso sus familiares los que generan en España aquellos gastos por la prestación de servicios sanitarios y sociales de difícil reembolso, a ellos ha de aplicarse, sin extensión a los familiares no comunitarios de los ciudadanos españoles. En ese sentido, la Sentencia de la sala 3.ª del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (casación 114/2007) no extiende los condicionantes establecidos en su artículo 7 para el primer supuesto al otro supuesto del artículo 8. Cada uno de ellos tiene su propio régimen normativo, autónoma y claramente diferenciado en el mencionado reglamento. No cabe realizar una interpretación extensiva

regap



NOTAS

de los requisitos del artículo 7 para aplicárselos a la autorización, distinta y diferenciada, contemplada en el artículo 8.

La referida sentencia del Tribunal Supremo se dirigía precisamente a lo contrario, entre otras cuestiones, a garantizar que las ventajas atribuidas a los familiares extracomunitarios de los ciudadanos comunitarios en la Directiva 2004/38/CE también se le aplicasen en España a dichos familiares de españoles, sin las restricciones más severas entonces reguladas en el Real decreto 2393/2004 entonces vigente. Buena muestra de ello lo constituye el hecho significativo de que, tras la referida sentencia del Tribunal Supremo, se modificó el reglamento del Real decreto 240/2007 por el posterior Real decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, y se mantuvo el régimen claramente diferenciado de ambos regímenes, sin extenderse los requisitos de la autorización del artículo 7 al supuesto previsto en el artículo 8.

(...) Las citas jurisprudenciales que menciona el apelante no llevan a variar el anterior criterio, que solo hemos orillado en la Sentencia de 12 de junio de 2015, por las peculiaridades que presentaba de que era la abuela de la esposa quien con su pensión cubría los gastos del ciudadano extranjero y de su esposa española, pero sin voluntad de mudar lo reiteradamente argumentado. En la reciente Sentencia de 6 de abril de 2016 (Rollo de apelación 305/2015) de esta sala y sección, hemos vuelto a seguir el criterio originario, marcando el rumbo cierto de la tesis que hemos venido siguiendo. La sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2014 se refiere a un supuesto, diferente al de litis, de desplazamiento entre dos Estados comunitarios, y, pese a que en su apartado 50 parece abrir la posibilidad de exigencia de los requisitos del artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE (de tenor igual al de idéntico ordinal del RD 240/2007) a los nacionales que residen en su propio Estado para que sus familiares puedan residir con ellos, lo hace en términos cautelosos (dice que los requisitos de concesión de un derecho de residencia a un no comunitario, familiar de comunitario, que reside en país diferente de su nacionalidad, “no deberían, en principio, ser más estrictos” en caso de regreso al Estado miembro del que es nacional) y en un razonamiento obiter dicta, por lo que ni es lo concluyente que sería necesario ni recoge doctrina aplicable con pretensión de generalidad. Las sentencias del Tribunal Supremo, que asimismo se citan, se refieren al ejercicio del derecho de reagrupación de familiares a cargo, por lo que no abordan el examen de la cuestión que se ha suscitado en este litigio. Por último, conviene significar que, decidiendo sobre un supuesto igual al de litis, la Sentencia de 14 de enero de 2016 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura sigue el mismo criterio que el de esta sala.»

5 Personal

5.1 Extensión de la figura de los “indeterinos” al personal estatutario (sanitario)

El TSXG, en dos Sentencias de fechas respectivas 6 y 20 de abril de 2016 (recs. 388/2015 y 528/2015, ponente: Ilmo. Sr. López González), tacha de fraudulenta e ilegal la práctica del SERGAS de contratar personal eventual, mediante una sucesión concatenada de contratos temporales, para cubrir necesidades estructurales y permanentes. Le atribuye a dicho personal un régimen similar al que la jurisdicción social le da al personal laboral “indefinido no fijo” (indeterino) de las Administraciones públicas. Se indica lo siguiente en la última de las sentencias citadas:

«(...) Es innegable que las actoras vinieron prestando sus servicios para el Hospital Xeral de Vigo, en virtud de sucesivos nombramientos, como personal eventual temporal, en calidad de celadoras, desde el 2 de febrero de 2009 hasta su cese efectivo, producido el 28 de junio de 2015. En los sucesivos y concatenados nombramientos nada se hacía constar respecto a que éstos respondiesen a puntuales necesidades de cobertura, justificándose, tan solo, que eran para la realización de determinados servicios por necesidades asistenciales y organizativas. Resulta significativo que el cese de las demandantes tuviese lugar coincidiendo con la apertura del nuevo hospital de Vigo y consiguiente traslado al nuevo centro de todos los servicios y unidades del anterior centro hospitalario. Y más significativo, todavía, que, al día siguiente de dichos ceses, tuviesen lugar nuevos nombramientos para la misma prestación de servicios hasta entonces realizada, esta vez, bajo la justificación de acumulación de tareas. Es evidente que los nombramientos de las actoras, a lo largo del tiempo, por temporales y eventuales que se hagan parecer, no respondían a necesidades estructurales del Hospital Xeral de Vigo, derivadas de exigencias de cobertura extraordinaria de plazas, sino que se trataba de ocultar, por esa vía fraudulenta, una vinculación indefinida de personal que, en el caso de las actoras, se prolongó en el tiempo más de seis años ininterrumpidos. Y calificamos de fraudulenta esa relación jurídica porque, siempre que en los nombramientos del personal estatutario temporal eventual se hubieren rebasado los plazos máximos (12 meses en un período de 24 –artículo 9.3 de la Ley 55/2003–), no se hubiera definido con claridad y precisión el motivo de la temporalidad o, habiéndose referido éste, la plaza cubierta fuera de carácter estructural, habrá de entenderse que se ha realizado en fraude de ley y, por tanto, de forma irregular. Nos hallamos, por tanto, ante lo que pudiéramos reputar como unas relaciones jurídicas indefinidas temporales que, por su naturaleza, privan de virtualidad a la cláusula temporal de duración prevista en el nombramiento suscrito entre las partes, por lo que los ceses solo pueden venir determinados por la cobertura en propiedad de las plazas o por su amortización, lo que no ha acontecido en el supuesto enjuiciado; y que se haya aprovechado la apertura del nuevo hospital vigués para acordar sus ceses no resulta de recibo. Y no cabe argumentar, en contra, que cada uno de los sucesivos nombramientos tenía una duración concreta y determinada, por lo que las actoras conocían el momento de expiración de aquél, pues tales nombramientos, dada su concatenación en el tiempo, han quedado desnaturalizados y han perdido el carácter de temporales eventuales que, aparentemente, se pretendió atribuirles, del mismo modo que perdió virtualidad la cláusula de duración temporal de cada nombramiento».

Regap



NOTAS

6 Responsabilidad patrimonial

6.1 Responsabilidad directa de la Administración por daños causados por su contratista. Defectuosa prestación sanitaria en centro privado concertado. Legitimación pasiva de la Xunta de Galicia y competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

El TSJG, en su Sentencia de 10 de febrero de 2016 (Secc. 1.ª, rec. 495/2015, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García), condenó directamente al SERGAS a abonar a los demandantes una indemnización de 100.000 euros por la defectuosa asistencia sanitaria practicada en un centro privado concertado de la ciudad de Vigo. El tribunal alcanzó las siguientes conclusiones sobre la legitimación pasiva (directa) de la Xunta de Galicia por las lesiones generadas en el hospital privado:

«(...) A) En caso de que la Administración dicte resolución expresa sobre la existencia de responsabilidad en el ente concertado, esta entidad podrá impugnar tal declaración, como también podrá cuestionarla en sus consecuencias indemnizatorias el particular reclamante. En ambas hipótesis, de signo contrario pues distintos son los intereses, la jurisdicción contencioso-administrativa extenderá su competencia también a la posible condena de los codemandados a los que se le pueda imputar responsabilidad, incluso en los casos en que se exima de responsabilidad a la Administración (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010, Recurso 5164/2006). Eso sí, esta condena a los centros sanitarios concertados codemandados pasa por la mínima e inexcusable condición procesal de que la demanda ejerza la pretensión de condena a éstos de forma alternativa, solidaria o subsidiaria, pues en caso contrario no podrán ser objeto de condena.

B) En cambio, en caso de que la Administración omita su deber o carga legal de declarar la responsabilidad propia o del ente concertado, sirviéndose de la desestimación presunta, el particular podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, con emplazamiento del ente concertado (y aseguradoras en su caso), y pudiendo tener lugar una doble situación.

O bien, un escenario en que la demanda se limita a ejercer la pretensión de condena frente a la Administración, caso en que ésta podrá ser condenada en solitario, tanto si se acredita su implicación efectiva en los hechos desencadenantes de la responsabilidad como si se acredita que la responsabilidad inmediata y directa sea exclusivamente del ente concertado, supuesto en que le quedará a aquélla la vía de repetición o reembolso, previo expediente al efecto. Asimismo, será equivalente a la desestimación presunta aquélla respuesta expresa de la Administración que eluda pronunciarse sobre si existe responsabilidad en el contratista, refugiándose en respuestas vagas y elusivas.

O bien un escenario en que la demanda ejerce la pretensión de condena de forma alternativa frente a la Administración y al ente concertado, de manera que, si se acredita la exclusiva responsabilidad del ente concertado, la sentencia deberá condenar solamente a la entidad concertada.

C) En todo caso, ha de recordarse que la reclamación previa a la vía jurisdiccional es presupuesto de enjuiciamiento de las responsabilidades por los tribunales contencioso-administrativos, debiendo plantearse ante la Administración sanitaria y sin resultar preceptiva de forma concurrente frente a la entidad sanitaria concertada, ya que el privilegio de la vía administrativa o sus reclamaciones no puede imponerse a entes privados, ni cabe analogía in peius. Cosa diferente es la carga de la Administración sanitaria, tan pronto recibe una reclamación en relación con actuación de centro concertado, de proceder a brindarle audiencia o alegaciones, extremo que puede ser relevante a los efectos de que eventualmente se cuestione la prescripción de la acción frente al centro concertado que pudiera tener la primera noticia del litigio al tiempo de ser emplazado como codemandado, situación en que nuevamente las consecuencias de la falta de diligencia en la tramitación de la reclamación (y comunicación temporánea al centro concertado para interrumpir la prescripción) ha de asumirlas la Administración sanitaria.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de que el particular pueda potestativamente plantear tal reclamación directamente frente a la entidad concertada, e incluso si ésta fuere clara en su objeto, surtiría eficacia interruptiva de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, tal y como precisó la Sentencia del

Tribunal Supremo de 23 de abril de 2008 (Rec. 2911/2003) “el criterio más acorde con la exigencia de justicia y con aquellos principios es entender que la reclamación dirigida al ente concertado, en su condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones, ha de tener los mismos efectos que la efectuada a la Administración pública y, en consecuencia, los requerimientos efectuados a dicha entidad, a quien la Administración encomienda la asistencia sanitaria, tienen efectos interruptivos de la prescripción”».

6.2 Cálculo de los intereses de demora cuando concurren aseguradoras de la Administración

En su Sentencia de 16 de febrero de 2016 (Rec. 532/2015, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira), el TSXG rechazó aplicar los intereses moratorios establecidos en el artículo 20 de la Ley del contrato de seguro en un supuesto de responsabilidad patrimonial sanitaria, con los siguientes argumentos:

«(...) Ha de aclararse que los intereses del artículo 20 LCS se impondrán, en su caso, a la aseguradora, por lo que la relevante a estos efectos es la actitud de dicha compañía, no de la Administración, de modo que el tiempo de tramitación del expediente por la Administración no puede tenerse en cuenta como factor desfavorable a estos efectos para Zurich (aunque ya veremos después que sí puede tenerse presente para no hacer condena en costas de esta apelación). Tampoco han de tomarse en consideración, a estos efectos, todas las demás circunstancias que sean imputables a la Administración, como el mal funcionamiento del servicio público sanitario o la demora en el reconocimiento de éste y de la suma indemnizatoria.

No debe olvidarse que ha existido un proceso penal previo, que no finalizó hasta que el 2 de mayo de 2013 la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial dictó auto confirmatorio del sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, de modo que la reclamación ante la Administración se inició por escrito presentado el 6 de agosto de 2013, durante cuyo tiempo estaba pendiente la decisión de declaración de responsabilidad patrimonial. Esta decisión tuvo lugar por la resolución de 24 de junio de 2014 del secretario xeral técnico de la Conselleria de Sanidade, que ahora se impugna, en la que la Administración acoge en parte la reclamación planteada. Centrados en la actitud de la aseguradora, consta que Zurich tuvo conocimiento de dicha resolución administrativa de 24/06/2014 el 12 de septiembre de 2014, cuando se le notifica a su representante procesal la diligencia de ordenación del día 11 de septiembre de 2014 dictada por la secretaria judicial, dando traslado de la solicitud de la recurrente de ampliar el recurso contencioso-administrativo a aquella resolución. Y el 17 de septiembre de 2014, es decir, cinco días después de aquella comunicación, y antes de que se formulara la demanda (lo que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2014), la aseguradora consignó judicialmente la suma de 231.293,78 euros, reconocida por la Administración en dicha resolución, con lo que muestra indudable diligencia en el pago, ya que, tras requerimiento previo por parte de la secretaria judicial, por escrito presentado el 19 de septiembre de 2014, aclaró que la consignación se hacía en ese concepto de pago, para que la citada cantidad fuese puesta a disposición de la actora. La apelante argumenta que la causa del fallecimiento de D. ----- -- era conocida tanto por el hospital como por la aseguradora desde horas después del óbito, porque resultaron contaminadas diez personas a las que se les habían realizado pruebas en el mismo día, y se pudo constatar a partir del día 27 de octubre de 2010, en que el Servicio

regap



NOTAS

de Medicina Preventiva del CHOU emitió informe en el que hacía constar que se trata de un brote de 10 casos de sepsis clínica, asociado a la realización de exploraciones endoscópicas en la sala 1 del Hospital Santa María Nai, identificándose el germen en una muestra del tejido renal del paciente fallecido. En consecuencia, entiende que no tiene fundamento la demora de cuatro años en la indemnización. No cabe acoger el anterior argumento, porque la demora en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial podría ser achacable a la Administración, pero no a la aseguradora, respecto a quien no cabe reputar como negligente por el hecho de no haber consignado previamente suma alguna.

Ha de reiterarse que no resulta asumible que para reputar no justificado el impago por la aseguradora se alegue la falta de diligencia, actitud obstruccionista y mala fe de la Administración, como hace la apelante, porque a los efectos de imposición de los intereses del artículo 20 LCS es la conducta de Zurich la relevante. En todo caso, la actitud de Zurich ha de ser considerada razonable desde el momento en que concurre una de las circunstancias en las que la jurisprudencia aprecia aquella razonabilidad, cual es que había incertidumbre sobre el importe de la indemnización, además de que tampoco había reconocido expresamente la Administración su responsabilidad, como así hizo por la resolución de 24 de junio de 2014. Asimismo es de apreciar otra de aquellas circunstancias jurisprudencialmente reconocida como justificativas del impago, cual es la reclamación de una suma exagerada, pues en vía administrativa reclamaba el importe de 359.193,46 euros.

En definitiva, las previsiones del precepto se dirigen a gravar la demora del asegurador en la satisfacción de la indemnización de los daños y perjuicios en su relación directa con el tomador del seguro o asegurado en general y con carácter particular, respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, como resulta del núm. 1 del precepto en relación con el número 6.º, párrafo tercero, que se refiere a la reclamación o acción directa formulada por el tercero perjudicado, en cuanto la demora en el reconocimiento del siniestro y la correspondiente reparación es imputable a la compañía aseguradora que interviene. Así se desprende del número 8.º de dicho precepto, según el cual, “no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”, como sucede en supuestos en que la reclamación no se formula directamente a la aseguradora sino primero contra la Administración, esta última el 6 de agosto de 2013 (fecha de la presentación de la reclamación en vía administrativa), no habiéndose determinado la existencia de responsabilidad patrimonial sino hasta que fue dictada la resolución expresa por la Administración el 24 de junio de 2014, y ello en una cuantía indemnizatoria inferior a la reclamada procedente, de manera que no puede imputarse a la compañía aseguradora la demora en el pago de la indemnización en relación con el momento en que se produjeron los hechos, que es imputable a la necesidad de reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente a la Administración».

6.3 Responsabilidad patrimonial por la anulación de un Plan general de ordenación municipal

El TSJG, en sus Sentencias de 19 de enero de 2016 (Secc. 3.ª, Rec. 7274/2012, ponente: Ilmo. Sr. Quintas Rodríguez, firme), 21 de abril de 2016 (Secc. 2.ª, Rec. 4142/2015, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) y 12 de mayo de 2016 (Secc. 2.ª, Rec. 4057/2015, ponente: Ilma.

Sra. Paz Eiroa), desestimó las respectivas reclamaciones indemnizatorias formuladas frente al Ayuntamiento de Ourense y la Xunta de Galicia por los perjuicios derivados de la anulación total del Plan general de ordenación municipal de dicha ciudad. En la primera de ellas el tribunal señaló lo siguiente:

«(...) Debemos recordar en efecto que el PXOM de Ourense de 2003 fue anulado por la sala en Sentencia de 17 de abril de 2008, dictada en PO 5185/2003, siendo confirmado tal fallo por el TS, si bien, como se desprende de estas actuaciones, la entidad demandante siguió, por un lado, adquiriendo terrenos una vez dictada por el TSJ dicha sentencia anulatoria, así como, incluso, una vez impugnado también el plan parcial mediante recurso contencioso-administrativo en el que compareció como codemandada y, por otro lado, no llegó a presentar dentro de los plazos preestablecidos ni el proyecto de compensación ni el de urbanización, los cuales ni siquiera fueron aprobados por defectos apreciados en ellos no imputables a las demandadas. (...).

La demandante funda, pues, su pretensión en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/92, señalando en primer lugar la improcedencia de aplicar en las resoluciones desestimatorias de su reclamación el artículo 35 a) del TRLS.

En efecto, todos los informes obrantes en el expediente, las resoluciones tanto de la Administración demandada como la dictada por el Concello codemandado y por supuesto el dictamen del Consello Consultivo de Galicia invocan su aplicación, lo que a juicio de la entidad recurrente es erróneo, pues entiende que su reclamación no se funda en un supuesto funcionamiento normal de la Administración, como sería el previsto en este precepto, sino en el funcionamiento anormal de ésta y por ende en el régimen previsto en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/92, como es la anulación del plan general que desarrolló el plan parcial a la postre también anulado.

La sala, cuyo parecer expresa el ponente, considera esa apreciación errónea, debiendo ponerse de manifiesto al respeto que, basándose en lo dispuesto en el artículo 3 del TRLS, la ordenación territorial y urbanística son funciones públicas que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esa determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos previstos en las leyes, premisa coherente además con el tenor literal del artículo 1 cuando señala que es objeto de esa ley establecer las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la materia (urbanística).

Por consiguiente, la responsabilidad patrimonial en materia urbanística en la legislación sectorial como un sistema especial que parte del carácter estatutario de la propiedad a tenor del cual los derechos que otorga el planeamiento solo se adquieren en la medida en que se vayan cumpliendo los respectivos deberes, como se desprende incluso del artículo 7 del TRLS y que ratifica lo que ya se decía en el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril. Cualquier planteamiento, pues, de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico ha de examinarse a partir de lo que al respecto establece la legislación urbanística, que es la que define (y nos proporciona, por tanto) el requisito o parámetro de la antijuricidad del daño en ese sector concreto. La ley aplicable para incardinar el pretendido supuesto indemnizatorio de autos ha de ser, por tanto, esa legislación sectorial básica, por ser la de aplicación a la fecha en que se produce el eventual daño que deriva de la anulación tanto

Regap



NOTAS

del PXOM como de su PP que lo desarrollaba llevada a cabo por las sentencias de referencia. Luego no solo resulta de aplicación lo señalado en el artículo 35 a) del TRLS 2008 o la que éste haya podido sustituir, sino que ese precepto debe ser aplicado teniendo en cuenta por supuesto lo establecido en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/92, que en relación con la declaración de nulidad de disposiciones generales dispone, con claridad, que tal reproche de invalidez no presupone derecho a indemnización (artículo 141.4), dado el carácter integrador del ordenamiento jurídico a aplicar. (...) TERCERO.- Ello da paso a la segunda cuestión que se plantea, como es la relativa a la patrimonialización de los derechos urbanísticos por la mercantil recurrente, requisito sine qua non contemplado, sobre todo, en aquel artículo 35 a) del TRLS, para fundar la responsabilidad patrimonial que se pretende. Ha de señalarse a propósito que la recurrente arguye que su reclamación no se basa en la patrimonialización de la edificabilidad, sino en el quebranto económico que le ocasionó la anulación del plan de 2003 por sentencia firme. Esa argumentación, sin embargo, merece decaer por cuanto según lo razonado previamente la patrimonialización es un requisito insoslayable junto con la concurrencia de los requisitos generales y propios del instituto de la responsabilidad. Solo, pues, cuando los deberes han sido cumplidos por el interesado puede decirse que tal propietario ha ganado el contenido que se añade a su derecho, la edificabilidad, lo que no sucede en este supuesto que se enjuicia, siendo lo cierto en consecuencia que, como señala el artículo 142.4 antes citado, la simple anulación de un acto o disposición administrativa no presupone derecho a indemnización (...). En efecto ya con antelación hemos afirmado que el régimen de la propiedad del suelo es estatutario, lo que implica que, según se vayan cumpliendo los deberes legales, se van adquiriendo facultades urbanísticas. La mera clasificación del suelo como urbanizable, en este caso en el sector Barrocanes, no supone que la demandante haya patrimonializado automáticamente el aprovechamiento urbanístico, concepto al que hay que acudir para definir el parámetro de la antijuridicidad y no solo a la mera invocación del año, en términos genéricos, vista la configuración legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística.

A la sazón, señala el TRLS en su artículo 14.4 que las actuaciones urbanísticas se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiere la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas. La iniciación se presume cuando exista acta administrativa o notarial que dé fe del comienzo de las obras. La caducidad de cualquiera de los instrumentos mencionados restituye, a los efectos de esa ley, el suelo a la situación en que se hallaba al inicio de la actuación. Añade, asimismo, que la terminación de las actuaciones de urbanización se producirá cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitimen, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debería haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras.

CUARTO.- La actora trata de acreditar que sí hubiere podido patrimonializar los aprovechamientos urbanísticos, tratando de culpar a la Administración codemandada, pero en este caso el PXOM de Ourense anulado establecía la obligación de cumplir las actuaciones emplazadas en el siguiente escenario temporal según el cronograma que resulta del expediente: a) aprobación definitiva del plan parcial a los dos años de la publicación de la aprobación definitiva

del plan general; b) aprobación definitiva del proyecto de urbanización o de los instrumentos de equidistribución que se requieran a los cuatro años de la publicación del plan general.

Dado que el plan parcial fue aprobado definitivamente el 2 de marzo de 2007, su aprobación se produjo pasado el plazo previsto en el PXOM. Pero además hasta el año 2011 (4 años después del momento que debía presentarlo) no presentó el proyecto de compensación para poder ejecutar ese instrumento de planeamiento, lo que supone el decaimiento de la validez y operatividad de éste, ni tampoco presentó el de urbanización, que no le fue aprobado por defectos que le fueron apreciados.

El retraso, pues, del que habla la recurrente, tratando de culpabilizar a la Administración codemandada, no le es imputable, sino que se debe a la propia actuación de tal recurrente promotora, que en sus diversos trámites acumuló retrasos, como se deja expuesto anteriormente, y aportó proyectos incompletos cuando no erróneos que fueron informados desfavorablemente. La consecuencia no puede ser, por tanto, otra que la indicada por el propio Consello Consultivo de Galicia cuando afirma: "Resulta así que, na data en que se dita a sentenza, o agora reclamante non tiña cumpridos os presupostos xurídicos que permiten facer efectivo, e consolidar, o dereito a urbanizar, a edificar, nin, xa que logo, a edificación".

Así lo ha interpretado, en efecto, el TS en sus sentencias de 12 de abril de 2006 y de 9 de diciembre de 2011.

QUINTO.- A mayor abundamiento de lo ya expuesto, debemos examinar la concurrencia de más elementos (relacionados con el quantum indemnizatorio) sobre los que la actora sostiene su pretensión. Así, uno de ellos descansa en las fechas de adquisición de las fincas, en la confianza –como dice– de que urbanizables, las que tras la nulidad de los instrumentos urbanísticos de referencia, perderían tal condición. De los datos obrantes en el expediente y hasta de la prueba practicada concluye la sala que algunas se adquirieron una vez pasado el primer cuatrienio, incumplido el plan de etapas por la actora. Además, nótese que buena parte de las fincas se adquirieron estando interpuesto no solo recurso contencioso-administrativo contra el PXOM de Ourense, que finalmente derivó en tal nulidad, sino interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el propio plan parcial, asumiendo la recurrente el resultado incierto de éstos, de ahí que no puede invocar tal principio de la confianza legítima del artículo 3.1 de la Ley 30/92 (...).

En este supuesto que se examina, de todo lo que precedentemente se lleva expuesto, se concluye sin duda que, si se ha producido algún daño para la entidad recurrente, este no resulta imputable a la Administración o Administraciones; en tal daño evidentemente no hay antijuricidad de ninguna especie por razones expuestas en anteriores fundamentos, destacando especialmente la falta de patrimonialización del aprovechamiento, siendo además la actora conocedora de ello –aunque afirme que por el hecho de estar impugnado un instrumento de planeamiento (por lo que a juicio de la Administración debió ser prudente en asumir riesgos, pues la lógica así lo indica) no se va a paralizar la actividad económica y social y aunque afirme que se puede conciliar el retraso que se le imputa por la Administración con tal prevención–, desde el momento en que se incumplió por parte de ésta el cronograma de ejecución del planeamiento. El hecho de que el plan se anulare, por tanto, deviene irrelevante a los efectos indemnizatorios que pretende, dado que, en la hipótesis de que no se hubiere anulado, tampoco hubiere la recurrente lucrado o patrimonializado aprovechamiento alguno, debido a ese incumplimiento.

Regap



NOTAS

Habría de acudir, por otro lado, al artículo 26 del TRLS relativo a la indemnización de la iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización o de edificación para determinar el régimen indemnizatorio, del que se deduce, número segundo, y en clara conexión con lo que venimos señalando, la necesidad de que se hubieren iniciado las actuaciones de urbanización, lo que, reiteramos, no se ha producido en este caso. Luego, la demandante no tiene derecho indemnizatorio alguno por no darse los requisitos legalmente establecidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial que demanda, al no apreciarse, pues, la existencia de un daño emergente, que calcula por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes en su día y su valor actual como suelo rústico, por cuanto esa técnica no parece adecuarse a la prevista en el citado artículo del TRLS, al margen de no acreditar los parámetros que considera como valor de los terrenos estimado por referencia acuerdos del jurado que se dicen consultados, aunque no se acreditan, y otros gastos que ha efectuado, los cuales o bien no tienen relación con la actividad de desarrollo del sector que debió llevar a cabo, como es la partida de gastos generales de una sociedad, si la recurrente tiene otras actividades, que por otro lado no acreditan mediante una contabilidad específica y desagregada para el proyecto en que se embarcó; tampoco serían admisibles como gastos los intereses de la póliza de crédito, que refiere, desde el momento en que no se vislumbra su vinculación a tal proyecto.

Respecto del lucro cesante, los beneficios que a su juicio dejó de percibir los anuda lógicamente a unas operaciones de ventas, por ser éstas el cauce lógico de su obtención, cuando no son susceptibles de cesión de otro modo, que difícilmente se han podido producir si no se ha patrimonializado ningún aprovechamiento urbanístico en el sector, al margen del escenario temporal (los años de la crisis que nos afecta) en que éstas se hayan podido llevar a cabo, pues en modo alguno se acredita su éxito.

Se sitúa obviamente la actora en el ámbito de unos beneficios previsibles, de cuya frustración, que motivó la Administración, esta tiene que responder, obviando de este modo la existencia de otros factores que también los pudieron frustrar y si tal lucro lo calcula la actora sobre la base del valor de tasación de TECNICASA, ésta carece de los elementos necesarios para generar convicción en el órgano juzgador, pues parte de un listado de viviendas hipotéticas, no existentes, y vista incluso el resto de la prueba practicada, llama la atención, sin ánimo de ser exhaustivos, el dato de la que se hace en período de conclusiones, por cuanto la urbanización de Barrocanes se efectúa por comparación con inmuebles sitios en la calle General Sanjurjo de A Coruña o la calle Galeras de Santiago de Compostela, sin indicar en qué se asemejan sus condiciones de urbanización futura, y sin aportar elementos concretos de éstos, tales como fotografías o estudios pormenorizados, no bastando meras consultas a un portal de Internet u ofertas de la zona, que permitan constatar la existencia de ese daño por comparación.

De lo anterior resulta obligado, como más ajustado a derecho, desestimar este recurso contencioso-administrativo».

En la segunda y tercera sentencias citadas, el tribunal gallego añadió que:

«(...) El citado artículo 35.a) habla ciertamente de que las alteraciones de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación en ella de los particulares, tienen que producirse, para dar derecho a indemnización, antes de que transcurran los plazos previstos para su desarrollo, pero también una vez transcurridos esos

plazos si la ejecución no se hubiese llevado a efecto por causas imputables a la Administración. Por lo tanto, el no transcurso de esos plazos no lo establece el precepto como un requisito inexcusable en todo caso. Pero su texto comienza diciendo que dan lugar en todo caso a derecho de indemnización “las lesiones de los bienes y derechos que resulten” de los supuestos que seguidamente concreta. Por lo tanto, lo primero que tiene que existir es, como en todo supuesto de responsabilidad patrimonial, un daño o perjuicio patrimonial actual, real y efectivo, no futuro o hipotético, y ese requisito no se cumple en este caso, puesto que al no haber sido aprobado, ni siquiera de forma provisional, el nuevo planeamiento en tramitación no se sabe si los referidos gastos que tuvo que afrontar la actora resultarán o no inútiles, y, en definitiva, si las determinaciones del nuevo planeamiento supondrán un perjuicio para los derechos o intereses de la recurrente, pues no puede servir para ello lo que figura en una aprobación inicial respecto de la cual se pueden presentar alegaciones, cuyo éxito o fracaso no cabe suponer de antemano. Por este motivo, el recurso tiene que ser desestimado».

7 Telecomunicaciones

7.1 Inconstitucionalidad (parcial) de la Ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 8/2016, de 21 de enero (ponente: Excmo. Sr. Xiol Ríos), declaró la inconstitucionalidad de unos veinte preceptos de la Ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia por invadir competencias exclusivas del Estado. La sentencia se sostiene sobre el siguiente “encuadramiento competencial”:

«(...) La premisa de partida de nuestro análisis ha de ser, de un lado, la de la exclusividad de la competencia del Estado tanto en materia de telecomunicaciones stricto sensu como en materia de “régimen general de comunicaciones” establecida en el artículo 149.1.21 CE –con el contenido que seguidamente se verá– y, de otro lado, las competencias que el Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG) le atribuye en materia de desarrollo económico autonómico (artículo 30.1.1 EAG); ordenación del territorio y urbanismo (artículo 27.3 EAG); medio ambiente (normas adicionales de protección según el artículo 149.123 CE en relación con el artículo 27.30 EAG) y regulación del patrimonio histórico, artístico, arquitectónico o arqueológico de interés de Galicia (artículo 27.18 EAG). (...) El Estado es competente, en exclusiva, para: a) la caracterización del sector (mercado) de las telecomunicaciones –actualmente, definidas como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia (artículos 2 y 5 de la Ley general de telecomunicaciones) frente a su tradicional consideración de servicio público–; b) el establecimiento de las condiciones de explotación de las redes y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como el régimen jurídico de los operadores (STC 8/2012, FJ 7); c) la definición y delimitación de las prestaciones y servicios concretos que han de incluirse en el llamado servicio universal en orden al cumplimiento de las funciones de regularidad, calidad, asequibilidad, extensión y seguridad de redes y servicios, que antes se entroncaban en el servicio público (STC 72/2014, de 8 de mayo, FJ 6); d) la determinación del operador u operadores que deben asumir la prestación de ese servicio universal y el diseño de su régimen de financiación; e) la asunción directa de

Regap



NOTAS

la gestión o la intervención en la prestación de los servicios a efectos de garantizar su prestación; f) la regulación de la ubicación y compartición de infraestructuras sin perjuicio de las competencias autonómicas en esta materia (STC 8/2012), y g) el establecimiento de un sistema de protección reforzada de los consumidores y usuarios de servicios de telecomunicaciones (STC 74/2014). Se trata, en definitiva, de la atribución al Estado de la competencia para definir los elementos estructurales del sector a través tanto del establecimiento del marco institucional del mercado (regulación de la competencia) como de la intervención en los procesos del propio mercado (obligaciones de hacer o no hacer de los operadores del sector, en el ámbito del acceso a redes, interconexión o garantía de cobertura, por ejemplo). Ciertamente, el ejercicio de esta competencia por el Estado deberá realizarse evitando que la vis expansiva característica de este título competencial vacíe las competencias propias de las Comunidades Autónomas en otras materias como ordenación del territorio y urbanismo o protección del medio ambiente y paisaje que, necesariamente, van a converger en un mismo espacio físico, como luego se verá.

Frente a esa competencia estatal en materia de telecomunicaciones, la Comunidad Autónoma de Galicia busca el fundamento para la regulación del impulso y del desarrollo de las infraestructuras de telecomunicaciones en su territorio en sus competencias en materia de desarrollo económico de la Comunidad (artículo 30.1.1 EAG); de ordenación del territorio y urbanismo (artículo 27.3 EAG); de normas adicionales de protección del medio ambiente (artículo 149.1.23 CE, en relación con el artículo 27.30 EAG) y de regulación del patrimonio histórico, artístico, arquitectónico o arqueológico de interés de Galicia (artículo 27.18 EAG). (...) La definición del contenido de los títulos competenciales de ordenación del territorio y de urbanismo evidencia que en el ejercicio de tales competencias puede incidir la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones, debiéndose articular los mecanismos de colaboración cuando sea preciso. Así sucederá, por ejemplo, en lo concerniente a la precisión de la ubicación del mínimo de infraestructuras que sean necesarias en nuevos emplazamientos urbanos a fin de asegurar una conectividad mínima (de la misma manera en que se asegura la prestación de servicios básicos de red como el suministro de agua y electricidad a través de la construcción de alcantarillado y conductos y canales de abastecimiento), así como en lo relativo a la determinación de cómo y dónde ubicar las redes necesarias para la prestación de los servicios de nueva generación en zonas ya urbanizadas y con alto nivel de conectividad y asentamiento de infraestructuras e instalaciones. A su vez, la localización concreta (en ámbito urbano o rural) puede afectar, tal como se declara en la STC 8/2012 (FJ 3), al medio ambiente o al paisaje.

(...) En suma, el encuadramiento competencial realizado permite concluir que (i) se trata de competencias de titulares diversos y objeto jurídico distinto cuyo ejercicio puede concurrir en un mismo espacio físico. (ii) La concreta articulación de las competencias concurrentes habrá de buscar fórmulas de cooperación que optimicen su ejercicio "pudiendo elegirse la técnica que se estime más adecuada a estos efectos: mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, entre otros (STC 204/2002, FJ 30)" (STC 8/2012, FJ 8). (iii) Para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra (STC 82/2012, de 18 de abril, FJ 3, y SSTC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 85; y 154/2014, de 25 de septiembre, FJ 5, entre otras).

(iv) En cualquier caso, el ejercicio por parte del Estado de una competencia exclusiva “impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario” y las referidas competencias autonómicas no pueden ejercerse de forma que la competencia del Estado para regular el sector de las telecomunicaciones quede menoscabada o invadida (STC 82/2012, de 18 de abril, FJ 4) (STC 154/2014, FJ 7, en materia de defensa nacional). (v) Sin que esto pueda suponer el vaciamiento de las competencias propias de una Comunidad Autónoma. (vi) La reproducción de normas estatales en normas autonómicas es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que la reiteración de la norma estatal sea imprescindible para el entendimiento del precepto».

8 Tributos

8.1 Institución de la “apartación” gallega. Pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata. Transmisión exenta de IRPF

El Tribunal Supremo (S.^a 3.^a, Secc. 2.^a), en su Sentencia de 9 de febrero de 2016 (Rec. 325/2015, ponente: Excmo. Sr. Montero Fernández), ratifica el criterio del TSJG sobre la naturaleza jurídica y repercusión fiscal de la institución de la “apartación” regulada en los artículos 224 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, con las siguientes consideraciones:

«(...) Regula el artículo 33 de la LIRPF las ganancias y pérdidas patrimoniales, considerando el legislador que son ganancias o pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél. Es de observar que, a pesar de los términos en los que se pronuncia la ley, cualquier transmisión de un bien o derecho a título gratuito supone para quien lo transmite una pérdida económica, lo que indica que estamos ante una construcción fiscal que difiere de la realidad económica resultante, en esta construcción que realiza el legislador, ajena a la realidad económica, quiere dejar sentado que no son ni ganancia ni pérdida patrimonial del transmitente, artículo 33.3.b), “las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente”. No contiene la normativa fiscal qué ha de entenderse por la citada expresión, por lo que para desentrañar su sentido ha de acudir a la previsión que nos ofrece el artículo 12.2 de la LGT, “En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme al sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”. En ausencia de una significación tributaria propia, las exigencias de legalidad y seguridad jurídica que imperan en esta materia exigen que lo procedente sea que el intérprete acuda para determinar su significado y alcance a la rama del derecho de la que procede, y es evidente que las transmisiones por causa de muerte o mortis causa constituyen un concepto jurídico elaborado en el marco del derecho civil perfectamente delimitado; por lo tanto, siguiendo lo ordenado por el citado artículo 12.2, estando ante un concepto jurídico procedente de otra rama del derecho, delimitado por el legislador como presupuesto de la norma, cuya interpretación constituye el presente debate, a su significado y alcance habrá de estarse, primero para determinar qué no considera la ley ganancias o pérdidas patrimoniales y, segundo, si la aportación gallega es una transmisión gratuita por causa de muerte del contribuyente. Y siendo procedente acudir a la conceptualización de transmisiones mortis causa del derecho civil, no es posible atender ni al sentido usual de la expresión, ni en la

Regap



NOTAS

conceptuación limitada que ofrece el Código civil sobre las adquisiciones mortis causa, en los que parece recalcar alguna de las consultas citadas en la sentencia, en la que se pretende exigir para la aplicación del citado precepto la muerte física del causante-contribuyente.

Ha de indicarse que el derecho civil patrio no se agota con el Código civil común, sino que también abarca los especiales y forales elaborados por cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia. No se hace cuestión que entre los títulos sucesorios se encuentran las formas convencionales de pactar la sucesión, que, prohibidos en el Código civil, sin embargo se contemplan en algunas de las legislaciones especiales y forales, y que permiten que en vida del causante se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, esto es, son atribuciones patrimoniales por causa de muerte o mortis causa aunque la transmisión se produzca en vida del causante, lo cual es tenido bien presente por el legislador estatal tributario, como se comprueba al regular el impuesto sobre sucesiones y donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, cuando en su artículo 3 dice que “Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio”, respecto del devengo dispone que “En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”, y su reglamento en su artículo 11 establezca que «Entre otros, son títulos, sucesorios a los efectos de este impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: b) Los contratos o pactos sucesorios».

Al hilo de lo anterior, no deja de ser un contrasentido que la Administración considere a la aportación gallega, en su condición de pacto sucesorio, sujeto al citado impuesto sobre sucesiones, y que se niegue en este recurso dicha naturaleza.

Como se ha dicho, la ley, artículo 33.3.b), no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, lo cual ya se ha indicado que constituye un concepto jurídico cuyo contenido –cuando no existe una delimitación fiscal, ni en el impuesto sobre sucesiones, ni en el de la renta, autónomo y propio– ha de determinarse acudiendo al derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración.

Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprenden, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado artículo 24 del impuesto sobre sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona, sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio.

Es evidente, pues, que los pactos sucesorios constituyen transmisiones patrimoniales lucrativas por causa de la muerte del contribuyente, lo cual nadie lo discute, ni siquiera el Sr. abogado del Estado, que para negar la aplicación del artículo 33.3.b) a la aportación lo que hace es negarle a ésta su carácter de pacto sucesorio. Para el Sr. abogado del Estado, “sobre la naturaleza jurídica de la aportación lo primero que hay que decir es que no supo-

ne una transmisión mortis causa. No es un pacto de suceder, pues precisamente ocurre lo contrario, es un pacto de no suceder”; sin embargo, dentro de los pactos sucesorios cabe distinguir los pactos de suceder, los pactos de no suceder y los que versan sobre la herencia de un tercero, tal como viene a reconocer explícitamente el propio Sr. abogado del Estado, distinguiéndose los dos primeros por su contenido, positivo el primero, suceder a alguien, y negativo el segundo, alguien se aparta de la sucesión, sin que quepa negar que el pacto de no suceder sea una forma de sucesión. Por tanto, bastaría acoger la consideración que hace el Sr. abogado del Estado, esto es, que el apartamiento gallego es un pacto de no suceder, que no es más que una modalidad de los pactos de suceder, para llegar a la conclusión de que está comprendido en el citado artículo 33.3.b).

En cuanto a la naturaleza de la apartación gallega, ha de estarse a la correcta y profunda interpretación que de la figura hace el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Debiendo significar que no estamos ante dos negocios uno inter vivos y otro mortis causa, sino ante un solo negocio en el que existe una única voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y su funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario en función del impuesto a aplicar; la apartación gallega es un pacto sucesorio, y su tratamiento fiscal es el que deriva de esta condición cualquiera que sea el impuesto del que se trate, cuando, como es el caso, no existe un tratamiento tributario específico en la regulación de uno u otro impuesto.

En definitiva, la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del artículo 33.3.b) de la LIRPF. De haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los pactos sucesorios, o imponer como condición la muerte física del contribuyente; al no hacerlo no es más que por su expresa voluntad de haber querido comprenderlo en la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial. El hecho de que se pueda utilizar esta figura de la apartación para facilitar posibles fraudes fiscales, resulta un argumento ajurídico e inútil para ayudar a la interpretación del artículo 33.3.b), puesto que en la mano de los responsables está evitarlo, mediante los servicios de inspección o mediante la reforma legal incorporando cláusulas, como se conocen en algunas normas forales por ejemplo, para evitar estas conductas intolerables. Todo lo cual debe llevarnos a desestimar la pretensión actuada.»

8.2 IRPF. Dietas exentas. Le corresponde al empresario y no al trabajador la carga de acreditar ante la Agencia Tributaria la veracidad de los conceptos de los que derivan las dietas

El TSXG, (Secc. 4ª), en su Sentencia de 23 de marzo de 2016 (Rec. 15575/2015, ponente: Ilmo. Sr. Fernández Leiceaga), anuló una sanción de IRPF impuesta a un trabajador por razón de la exención de las cantidades percibidas con su salario en concepto de “dietas”, con los siguientes argumentos:

«(...) No caso presente, falamos dun traballador que actúa baixo a dirección do empresario, é dicir, que non é quen de organizar autonomamente o seu traballo, senón que acode a onde o mandan e achega á empresa a documentación que esta lle exige para acreditar os custos asumidos polos desprazamentos. Cando o artigo 9 RD 439/2007, no seu último parágrafo, fala de que aos efectos indicados nos parágrafos anteriores, o pagador deberá acreditar o

Regap



NOTAS

día e lugar do desprazamento e asemade a súa razón ou motivo como pagador, identifica o pagador final (o empresario) e non o instrumental (o traballador que adianta os cartos), polo que entendemos que (en circunstancias normais, das que excluimos os administradores, traballadores/propietarios...) non é exixible que o traballador conserve as facturas e tickets de gastos polos que recibiu as axudas de custo, sendo suficiente, para estes efectos, que se remita aos arquivos da empresa (se esta existe) –o lóxico sería unha inspección/comprobación conxunta traballador/empresa–. Considerar que un traballador que percibe na súa nómina as cantidades correspondentes ao seu traballo (entre as que se inclúen as axudas de custo) e obtén a certificación de ingresos que reflicte a dita situación está obrigado a dubidar do seu contido e, inclusive, que debe apreciar se a documentación entregada ao empresario é suficiente ou non para os efectos de acreditar a realidade exixida no artigo 9 RD 439/2007, e actuar en consecuencia (é dicir, obrigándoo a declaralas como renda de traballo aínda que non foron obxecto de retención), supón elevar o listón da exixencia tributaria a un nivel excesivo e incompatible coa realidade da relación traballador/empresario (a non ser que se acredite unha fraude), e máis cando falamos do dereito sancionador. Entendemos que non procede a sanción tributaria dado que o actuar do recorrente foi correcto, no sentido de actuar consonte a certificación de ingresos xirada polo empresario e sen que se acredite a realización de fraude (con coñecemento de ambas as partes)».

8.3 IRPF. Pago anticipado de deducción por maternidad. Acreditación del ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena

En su Sentencia de 24 de febrero de 2016 (Rec. 15315/2015, ponente: Ilmo. Sr. Gómez y Díaz Castroverde), el TSXG concluye que para que proceda la deducción por maternidad en el IRPF se deben reunir los siguientes requisitos: ser mujer con un hijo menor de 3 años, y realizar una actividad por cuenta propia o ajena. La sala entiende que con la aportación de los recibos de cotización a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el régimen especial de autónomos y el informe de vida laboral, la actora ha cumplido la carga de demostrar los hechos constitutivos de su derecho a la deducción por maternidad. El alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social implica, en principio, el ejercicio de la actividad correspondiente, sin que el interesado deba efectuar justificación adicional alguna al respecto.

9 Urbanismo y medio ambiente

9.1 Inaplicación del régimen de distancias del antiguo Reglamento de actividades molestas, nocivas y peligrosas a una estación depuradora de aguas residuales de nueva construcción

El TSJG, en su Sentencia de 8 de octubre de 2015 (Rec. 4621/2011, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera), sobre el proyecto de construcción de una estación depuradora de aguas residuales, ratificó la inaplicación del régimen de distancias mínimas al núcleo habitado más cercano establecido en el artículo 4 del Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas de 30 de noviembre de 1961 (RAMINP) –2.000 metros– con las siguientes consideraciones:

«(...) Según la parte actora, la firmeza de las sentencias que anularon la licencia anteriormente referida impide la reapertura de la EDAR de Reza, o la instalación de una nueva a menos de 2.000 metros de distancia de un núcleo de población. Esta conclusión no puede ser aceptada. Esas sentencias fueron confirmadas por esta sala en las Sentencias de 5-10-2006 y 14-6-2007, dictadas en los recursos de apelación números 4064/2004 y 4076/2004. En ellas se aceptó que la aplicación del artículo 4 del RAMINP impedía que una EDAR pudiese estar ubicada a una distancia menor de 2.000 metros de un núcleo de población, pero también que ese requisito de distancia era una norma general que, de acuerdo con dicho artículo y el 15 de mismo reglamento, admitía excepciones. Así, en la primera de dichas sentencias se dijo: “Podría ser causa suficiente para rebajar la distancia la acreditación de que no existe en el municipio otro lugar adecuado para la instalación, pero esa circunstancia no solo no fue probada sino que tampoco fue alegada en primera instancia”. Esa falta de alegación en primera instancia también se resalta en la segunda de dichas sentencias. La firmeza de las sentencias afecta a la EDAR cuya desaparición se proyecta, pero no a una nueva, respecto de la que no cabe excluir la cumplida prueba de que no es posible una ubicación que respete la referida distancia mínima, y que por ello se da el supuesto excepcional al que se refieren los citados artículos del RAMINP. Y esa imposibilidad hay que tenerla por acreditada en este caso, puesto que, como se recoge gráficamente en el informe que obra en el expediente, ninguna de las ubicaciones en él empleadas respeta esa distancia mínima de los núcleos de población próximos, y la parte actora no ha mencionado siquiera una ubicación en la que sí se respetase. Hay que tener en cuenta que la situación de una EDAR no puede desligarse de la red del alcantarillado y colectores que forman el sistema de recogida de aguas pluviales y residuales de una ciudad, a la que tiene que estar conectada, y que el volumen de agua a tratar hace económicamente inviable su bombeo a cotas muy superiores a los puntos más bajos de esa red, por lo que sus posibles ubicaciones se ven limitadas por estas circunstancias. Una vez estimado que las prescripciones sobre distancias del artículo 4 del RAMINP son de imposible cumplimiento en el caso enjuiciado, poco importa que este reglamento sea o no de aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia, pues en cualquier caso la ubicación elegida no resulta contraria a derecho. Sí cabe añadir que las sentencias del Tribunal Supremo que cita la parte actora no se refieren a la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia, y que normas estatales básicas en materia de protección del medio ambiente, como el Real decreto legislativo 1/2008 –o la Ley 21/2013 que lo sustituyó–, que transponen al ordenamiento jurídico español la legislación de la Unión Europea, no contienen ninguna prescripción general sobre distancias mínimas, y cuando hacen referencia a alguna distancia esta es mucho menor que la señalada en el RAMINP. Así, por ejemplo, según el Real decreto legislativo 1/2008 una instalación industrial para la fabricación de harina de pescado y aceite de pescado deberá someterse a una evaluación de impacto ambiental, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso, solamente cuando se den de forma simultánea las circunstancias de estar situada fuera de un polígono industrial y encontrarse a menos de 500 metros de una zona residencial. Por lo que respecta, por último, a que tendría que seguirse el procedimiento de traslado de poblaciones de la Ley de expropiación forzosa, esta alegación tiene como presupuesto que la nueva EDAR no supondrá mejora alguna respecto a la anterior, y que por ello los que eran afectados anteriormente seguirán siéndolo por la nueva. Al ser rechazada esa inexistencia de mejoras en la instalación también tiene que serlo el supuesto en el que se basa la parte actora, y por lo tanto su alegación. Por todo lo expuesto, el recurso tiene que ser desestimado».

Regap



NOTAS

9.2 Catálogo español de especies exóticas invasoras

El Tribunal Supremo (S.ª 3.ª, Secc. 5.ª), en su Sentencia de 16 de marzo de 2016 (Rec. 396/2013), anuló en parte el Real decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras, obligando a incluir en él un alga de origen japonés que se ha extendido por las costas gallegas. Se indica lo siguiente en la sentencia:

«(...) Señala la demanda, acerca de esta alga comestible, que "... la Undaria pinnatifida o Wakame es un alga parda de gran tamaño (usualmente 1,5 m y hasta 3 m de altura), originaria de las costas de Japón, Corea y China, donde es cultivada para consumo humano. Se trata de una especie altamente invasora, incluida en la lista 100 de las especies exóticas invasoras más dañinas del mundo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, que ha sido introducida en diferentes áreas costeras del mundo de forma accidental, como también intencionalmente con fines de cultivo. Tiene una serie de características que la hacen ser una especie altamente invasora: alta tasa de fecundidad con una amplia ventaja reproductora, oportunista (coloniza superficies modificadas y flotantes), forma una capa densa sobre otras algas autóctonas a las que desplaza, ocupa un amplio rango de profundidades y se adapta tanto a costas expuestas como calmadas...". Se introdujo en las costas francesas del Mediterráneo y luego en las costas del Atlántico de España, donde se cultiva tanto en las Rías Baixas como en la concha de Artedo (Cudillero) e Inglaterra, así como en Nueva Zelanda, Tasmania, Australia y recientemente en las costas del Pacífico del sur de EE. UU. y México. Sostiene la demanda que "... su potencial invasivo es tal que no solo estuvo catalogada como especie exótica invasora por el derogado RD 1528/2011, sino que en los primeros borradores del real decreto que lo sustituyó figuraba igualmente catalogada, hasta el punto de que obra en el expediente administrativo la ficha, que se acompaña como documento número siete correspondiente a esta especie como invasora, concretamente en la carpeta exp. admto. RD 630_13\11. Información sobre especies/4.1. Especies RD 1628\ALGA51...".

El abogado del Estado, en su contestación a la demanda, opone que "... esta especie fue excluida a petición de la Secretaría General del Mar de la Xunta de Galicia. Desde los años 90 del siglo pasado se viene realizando la explotación, con fines comerciales, de las poblaciones de esta especie presentes en la costa de Galicia, como así informó la Secretaría General del Mar de la Xunta de Galicia. Por ello, se solicitó por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia que se excluyera la citada especie y se identificase como competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de marisqueo y acuicultura, según lo establecido en el artículo 148.1.11ª de la Constitución...".

En lo que respecta a esta especie de alga, debe significarse que el dictamen de academia encomendado al CSIC no ha sido elaborado directamente por esta institución, ni comunicado a esta sala el reenvío de la pericia a otro científico ajeno a su organización, en los términos del artículo 340 LEC, cuyo apartado 3 preceptúa que "... En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335...". Tal norma procesal se refiere a la identificación de la persona natural que, en el ámbito de la corporación o academia que debe emitir el dictamen, se encarga de su elaboración o preparación, pero no autoriza a la institución a designar, como en este caso, por ausencia de especialistas en la Undaria pinnatifida, al margen del conocimiento y control del tribunal, a otra persona o entidad al

margen de la academia, dado que con ello se impide a las partes y al órgano jurisdiccional toda intervención y debate sobre la solvencia técnica e independencia del perito así designado. Tal es lo sucedido en este caso, porque la remisión a la Universidad de A Coruña para que completase ese particular del dictamen recayó en un científico de ésta, el Dr. -----, respecto del cual siembran las asociaciones demandantes una sólida duda de parcialidad en su escrito de conclusiones, basadas en la circunstancia, hecha pública en Internet, de que dicho perito –aunque no lo es en sentido procesal– es colaborador de una empresa gallega de comercialización de algas que genera 120 toneladas de algas al año, para la que ha desarrollado proyectos de investigación. Tal denuncia de falta de objetividad –en cuyos detalles no es preciso profundizar– no ha sido objeto de refutación en los escritos de conclusiones de ninguna de las partes demandadas.

Al margen de toda otra consideración, debe prevalecer aquí el efecto de la irregularidad procesal observada en el desarrollo de la citada pericia, en tanto ha quedado desnaturalizada, en buena medida, la prueba pericial de academia, cuyo valor cualificado descansa en el prestigio e imparcialidad que ostenta la institución como tal, extensible a los científicos que la componen o pertenecen a entidades que en ella se integran, pero que no cabe perturbar remitiendo parte de un dictamen a personas respecto de cuyas características, idoneidad e imparcialidad respecto del objeto de la prueba no puede responder la corporación o academia designada.

Todo ello sin perjuicio de la aseveración central de la demanda de que esta alga también forma parte de las 100 especies exóticas invasoras más dañinas del mundo, según la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, dato terminante que, unido a las razones aducidas para oponerse a la inclusión en el catálogo –ya figuraba en el que contenía el Real decreto 1628/2011– y a la falta de argumentos de orden científico ofrecidos por el abogado del Estado para oponerse a los hechos descritos en la demanda, nos inclina a apreciar la procedencia de incluir también esta especie en el catálogo.»

9.3 Plan de ordenación del litoral de Galicia

El Tribunal Supremo (S.ª 3.ª, Secc. 5.ª), en sus Sentencias de 12 de febrero, 24 de febrero de 2016 (Recs. 2844/2014, 3054/2012 y 3020/2014), confirma en casación varias sentencias del TSJG desestimatorias de los recursos interpuestos contra el Decreto 20/2011, de 10 de febrero, de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, por el que se aprobó el Plan de Ordenación del Litoral de Galicia (POL). Concluye el Alto Tribunal que el mencionado POL no ha vulnerado ni la garantía institucional básica de la autonomía local, ni los criterios reglados sobre clasificación y calificación del suelo.

9.4 Prescripción de cuotas de urbanización. Plazo de quince años

El TSXG (Secc. 2.ª), en sus Sentencias de 17 de marzo de 2016 (Rec. 4493/2015, ponente: Ilmo. Sr. Arrojo Martínez) y 28 de abril de 2016 (Rec. 4427/2014, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa), concluyó que las cuotas de urbanización adeudadas en polígonos sometidos a equidistribución por el sistema de compensación prescriben en el plazo de 15 años, con esta explicación:

Regap



NOTAS

«(...) ante la ausencia de una especificación normativa administrativa sobre prescripción de las cuotas de urbanización, no puede desconocerse que en el caso de actuación de la Junta de Compensación, el incumplimiento o morosidad de determinados propietarios en cuanto al pago de las cantidades adeudadas incide de modo inmediato y directo en las cuentas de la propia Junta de Compensación y en consecuencia con posibles efectos para los restantes propietarios, lo que diferencia este supuesto de otros de naturaleza tributaria o incluso de casos como el de las contribuciones especiales, de manera que las previsiones normativas que atribuyen a la Junta de Compensación la posibilidad de instar la ayuda de la Administración, como el cobro de deuda por vía de apremio, en atención a la finalidad última perseguida de cumplimiento de las obligaciones urbanísticas y de plasmación de éste en lo material, no permiten desvirtuar, ni desconocer, la realidad de la posible incidencia que los incumplimientos de pago proyectan sobre los restantes propietarios que cumplieron sus obligaciones, de lo que procede entonces derivar la inaceptabilidad de la aplicabilidad analógica de las determinaciones normativas sobre prescripción establecidas en el ámbito administrativo para otros supuestos como los tributarios o de naturaleza pública que no provocan la referida incidencia sobre otros propietarios, presentándose por tanto como de aplicación el plazo de quince años contemplado en la sentencia de instancia, computable desde la exigibilidad de las cuotas de urbanización prevista en el artículo 127.4 R.G.U., modificando así esta sala, por los motivos expuestos, el criterio expresado en sus mencionadas Sentencias de 9 de mayo de 2013 y 19 de febrero de 2014».

Regap

Recensiones

3

Os retos do goberno local
tras a reforma de 2013

Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013

The challenges of local government
after the reform of 2013

52
Regap

BOIX PALOP, A. | DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (COORDS.)
Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2015

Regap



RECENSIONES

Esta obra colectiva es el resultado de un análisis interdisciplinar sobre el futuro de nuestro gobierno local y de los retos a los que se enfrenta su regulación tras la fallida reforma de la Ley reguladora de las bases del régimen local operada en 2013. El germen de la misma fue el congreso que, bajo el título “La planta administrativa valenciana y la reforma local”, se celebró en la sede valenciana de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo los días 3, 4 y 5 de diciembre de 2014.

La estructura de este trabajo está conformada por trece capítulos, en los cuales se lleva a cabo, por parte de los distintos autores que colaboran en la obra, un sistemático examen de la reforma perpetrada por la LRSAL, centrando la atención, fundamentalmente, en los problemas no resueltos –o generados– por la citada norma y que mayor repercusión van a tener en el futuro, tratando de aportar, en cada caso, soluciones para posibilitar una correcta aplicación de la misma y proponer, en la medida de lo posible, alternativas normativas para la modificación de la antedicha norma.

Así, el hilo conductor de esta obra es abrir perspectivas que sirvan para centrar el debate para una futura y necesaria reforma del régimen local, que, por una parte, corrija los errores de la de 2013 y que, por otra, llegue allí donde ésta no se atrevió a llegar o a donde ni siquiera esbozó intención alguna de intervenir. A continuación se expondrán, brevemente, las cuestiones que han sido objeto de estudio en cada uno de ellos.

En el primero de los capítulos, de carácter introductorio, Andrés BOIX PALOP, bajo el título “Encuadre jurídico y constitucional de la reforma local de 2013 y esbozo de los problemas

todavía pendientes”, analiza exhaustivamente el marco jurídico del régimen local existente en nuestro país antes de la reforma de 2013, poniendo de manifiesto las principales críticas formuladas a dicha actuación legislativa para, a continuación, ofrecer un detallado análisis de las novedades introducidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL), norma con la que se pretendía remediar las deficiencias de la situación anterior, pero que, en opinión del autor, así como de la mayor parte de la doctrina, no ha alcanzado el resultado pretendido. Por último, este estudioso analiza las necesidades y apunta, dentro del marco normativo vigente tras la reforma, las posibilidades de las políticas de desarrollo local, si bien subraya la necesidad de una nueva modificación del régimen local español que corrija algunas de las orientaciones impuestas por la LRSAL y, sobre todo, que amplíe en muchas de sus materias sus horizontes con el fin de dar respuesta a los problemas que se señalarán a lo largo de la presente obra.

En el segundo capítulo, intitulado “El desapoderamiento municipal de la reforma local y sus problemas”, Víctor ALMONACID LAMELAS ofrece una visión panorámica de los problemas planteados por la reforma local de 2013, clasificándolos en seis apartados: conceptuales, jurídico-formales o de constitucionalidad, territoriales o de distribución territorial de la competencia, económicos o “de cálculo”, personales y otros “gazapos”. En opinión del citado autor, la solución, o al menos la mejora, de dicha situación se lograría a través de una modificación de la normativa vigente y de la consecución de un “macropacto local” (con cada una de las Comunidades Autónomas que son las titulares de las competencias que la LRSAL cree “que parte y reparte”), que debería ser impulsado y coordinado desde el Gobierno de España a fin de evitar que se produzcan desigualdades en la consecución de la ansiada descentralización Comunidades Autónomas-entidades locales.

El tercer capítulo, “El desarrollo de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, cuya autoría corresponde a Julio TEJEDOR BIELSA, aborda los fundamentos de la reforma operada por la LRSAL. Efectúa un análisis crítico de sus efectos, prestando especial atención al sistema competencial establecido por dicha norma. Asimismo, realiza un examen de la reacción de las comunidades autónomas ante la citada reforma, centrándose fundamentalmente en el caso de Aragón.

Las “Competencias locales en la reforma de 2013 y sus puntos de fricción con las normas autonómicas” son objeto de estudio por parte de María José ALONSO MAS, en el cuarto capítulo de esta obra. Tras definir la situación de reestructuración del sector público pretendida, pero no conseguida, por la LRSAL, la autora examina el desarrollo de la citada norma efectuado por las diferentes Comunidades Autónomas, respecto de las competencias propias, las “distintas de las propias” y las contenidas en las disposiciones transitorias 1.ª a 3.ª y adicional 15.ª, así como la adaptación de los convenios de financiación a dicha ley y la gestión –coordinada o integrada– de los servicios mínimos.

En el capítulo quinto, “Comarcas versus provincias en la gestión administrativa de España”, Joan Carles MEMBRADO TENA aborda el tema de la inadecuación del mapa municipal a la realidad presente y el difícil encaje de las provincias en un modelo de ordenación racional del territorio. Ante esta situación, y teniendo en cuenta que algunas de las Comunidades Autónomas se han reorganizado espacialmente a partir de unidades intermedias entre el municipio y la provincia, como es la comarca, el autor centra su estudio en las propuestas

llevadas a cabo en Valencia, Galicia, Aragón y Cataluña, analizando las características y los resultados obtenidos en cada uno de dichos casos.

Juan José Díez SÁNCHEZ es el autor del sexto capítulo de este volumen titulado “Estrategias para ganar tamaño en la gestión administrativa tras la reforma local de 2013”. En él realiza un detallado análisis de una de las medidas establecidas en la LRSAL para “racionalizar la estructuración organizativa” de la Administración local: la agrupación de municipios. Así, examina tanto las fusiones voluntarias, haciendo especial referencia a la normativa existente al respecto en la Comunidad Autónoma valenciana, como las agrupaciones forzosas impuestas por la ley.

El estudio llevado a cabo por Jorge GARCÍA HERNÁNDEZ en el séptimo capítulo bajo el título “Un problema atávico y su no solución en la ley local: la financiación de los municipios”, entra de lleno en la carencia estructural de recursos que sufren los Ayuntamientos para prestar sus servicios; problema económico que pretendía solventar la LRSAL, pero cuyas previsiones al respecto no obtuvieron los resultados pretendidos. Concluye dicho trabajo con un exhaustivo análisis de la estructura de los ingresos de los Ayuntamientos.

En el capítulo octavo, bajo el título “Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, Marta OLLER RUBERT analiza la finalidad de redimensionamiento del sector público local pretendido por la LRSAL, las medidas contenidas en la disposición adicional novena de la citada norma a fin de garantizar el equilibrio financiero y la modificación del artículo 85 LRRL, relativo a las formas de gestión de los servicios públicos locales.

La redacción del capítulo noveno, titulado “Impacto de la Ley 7/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración pública local en los procesos de desarrollo local”, corresponde a Joan NOGUERA TUR. En él, tras repasar el origen y evolución de las entidades locales, define el marco normativo de las mismas previo a la LRSAL. Centra también su estudio en los principales problemas que en la actualidad afectan a los órganos locales: el principio de autonomía, la promoción económica y el empleo como competencias autonómicas, las competencias ejecutivas en el desarrollo económico y productivo y, finalmente, ofrece propuestas para incrementar la sostenibilidad de los procesos de desarrollo local.

En el décimo capítulo, “Los servicios sociales municipales y la Ley local de 2013”, elaborado conjuntamente por Francesc Xavier UCEDA-MAZA y Lucía MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, tras definir los antecedentes y la evolución de los servicios sociales municipales, se analiza el cambio operado tras la reforma local en dichos servicios, centrándose en tres aspectos: conceptualización, distribución competencial y responsabilidad pública.

Vicent FLOR MORENO, en el undécimo capítulo de la presente obra, bajo el título “Democracia y participación ciudadana en las sociedades de modernidad avanzada: la demanda y la oferta”, desgrana algunas de las cuestiones que, en la actualidad, plantea “el gobierno del pueblo”, como, por ejemplo: el paradigma de la proximidad; el reto de recuperar y perfeccionar la división de poderes; los riesgos de la privatización de lo público o la participación ciudadana en la Administración local.

En el duodécimo capítulo, “La democracia participativa en los gobiernos locales y su desarrollo en el moderno régimen local español”, Joaquín MARTÍNEZ CUBAS afronta cuatro temas

regap



RECENSIONES

cruciales: la repolitización local, las políticas para el desarrollo, los enfoques de intervención en el ámbito local y la nueva gobernanza democrática; concluyendo su trabajo con una evaluación de la incidencia que, en estas cuestiones, ha tenido la LRSAL.

Lorenzo PÉREZ SARRIÓN cierra la obra con el capítulo titulado “El municipalismo en la reforma local y la necesidad de un nuevo marco local”, en el que lleva a cabo una valoración del impacto jurídico de la LRSAL en la Comunidad Valenciana, efectuando algunas consideraciones críticas de la citada norma y un análisis de las perspectivas del régimen local valenciano, y realizando unas muy interesantes propuestas de articulación de un nuevo sistema local.

En definitiva, el interés objetivo del tema tratado –en especial, en el contexto socioeconómico actual–, el rigor con el que los distintos autores, de reconocido prestigio, afrontan su análisis y, sobre todo, las sugerentes y novedosas soluciones aportadas para hacer frente a la reforma del gobierno local, convierten esta obra en una publicación de necesaria lectura para todos aquellos juristas y políticos locales que estén interesados en conocer las claves del futuro de las entidades locales.

Carla Casanueva Muruáis

Secretaria académica del OIRESP
carlacasanueva@hotmail.com

O dereito de acceso á
información pública

El derecho de acceso a la información pública

The right of access to
public information

52
Regap

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.
Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2015

Regap



RECENSIONES

Martín María RAZQUIN LIZARRAGA presenta una dilatada trayectoria investigadora que ha dado como fruto la elaboración y publicación de más de cien aportaciones entre libros, capítulos de libro y artículos, centrados principalmente en el estudio de diversos aspectos relacionados con el derecho administrativo. En concreto, la obra *El derecho de acceso a la información pública* tiene como objetivo ofrecer una exposición teórico-práctica sobre el derecho de acceso a la información pública tras la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), cuya aprobación ha supuesto un cambio radical frente a la regulación existente con anterioridad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC).

Con el fin de cumplir con el antedicho objetivo, el autor divide la obra en tres partes claramente diferenciadas.

La primera parte del libro está dedicada a la explicación de la regulación vigente en materia de derecho de acceso a la información pública, y para llevar a cabo esta tarea, RAZQUIN LIZARRAGA distribuye su exposición en diez capítulos. En el primero de ellos, "Marco normativo del derecho de acceso", se mencionan las diversas normas en las que se regula de forma expresa el derecho de acceso a la información pública, tanto en el marco europeo como en los ámbitos estatal y local. Cabe señalar que uno de los aspectos más destacables de este capítulo es que se expone el contenido básico de cada una de las normas enunciadas, lo que permite al lector apreciar las similitudes y diferencias existentes entre ellas.

Una vez expuesto el marco normativo, se definen en el capítulo II los conceptos de transparencia activa y pasiva, y se enumeran las diferencias e interrelaciones existentes entre ambas; de este modo, puede observarse que pese a que son complementarias, divergen en muchos aspectos. Si bien es cierto que el tema objeto de la obra es el de la transparencia pasiva (derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública), la breve referencia hecha en este capítulo a los aspectos fundamentales de la transparencia activa parece, cuanto menos, adecuada, puesto que debido a la íntima relación existente entre ambas formas de transparencia es conveniente adquirir un conocimiento global de ésta.

Centrando la exposición en el derecho de acceso, en el capítulo III de la obra se consagran los aspectos materiales de éste. Comienza indicando que actualmente el derecho de acceso se regula en la LTBG, y que posee el rango de derecho legal no fundamental, por lo que no goza de la vía judicial específica y preferente ni del recurso de amparo. Seguidamente, se precisa que se trata de un derecho de titularidad universal que obliga a las entidades públicas y privadas sometidas al ámbito de aplicación de la LTBG en su artículo 2.1, y que el contenido del acceso es la información pública. El problema surge en torno al concepto de información pública, puesto que la LTBG establece en su artículo 13 que se trata de los *“contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”*; como puede observarse, se trata de una definición de tal amplitud que, como bien expresa RAZQUIN LIZARRAGA, no permite excepcionar ningún contenido. Finalmente, el autor hace referencia a los límites del derecho de acceso, mencionando las características generales de éstos y clasificando en razón de su objeto los enumerados en el artículo 14 LTBG.

Los capítulos IV y V del libro se dedican a analizar de qué forma puede verse limitado el derecho de acceso a la información pública en el caso de que existan datos personales o empresariales que deban ser protegidos. De este modo, el capítulo IV, *“Derecho de acceso y protección de datos personales”*, trata de mostrar en primer lugar qué instrumentos se refieren a la protección de datos en el derecho internacional y en el derecho de la UE; en lo que se refiere al derecho español, se dedica un apartado a exponer la regulación contenida en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) y en su reglamento de desarrollo aprobado por el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, y otro a analizar de qué forma opera la protección de datos personales como límite del derecho de acceso en la LTBG. En lo que se refiere al capítulo V, en él se pone de manifiesto el conflicto existente entre confidencialidad de datos empresariales y derecho de acceso, y se hace especial hincapié en el concepto de secretos empresariales, noción que el autor intenta explicar acudiendo a las definiciones ofrecidas por diversos autores y a lo dispuesto en el Acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual (ADPIC).

Los aspectos formales del derecho de acceso se regulan en el capítulo VI. En él se establece que el procedimiento de acceso es un procedimiento administrativo, y se lleva a cabo un análisis de cada una de las fases por las que está formado. En este sentido, el autor comienza indicando que dicho procedimiento se inicia siempre mediante solicitud del ‘interesado’, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.3 LTBG no precisa de motivación; seguidamente, señala que existen supuestos en los que la solicitud no va a ser objeto de tramitación, y expone cada una de las causas de inadmisión previstas en el artículo 18 LTBG; de forma consecutiva, explica la fase de tramitación de la solicitud, que concluye, siempre y cuando no exista ningún límite al derecho de acceso que provoque la denegación de ésta, con la

propuesta de aceptación de la solicitud y la concesión del acceso. Finalizado el procedimiento de acceso, se notificará su resolución tanto al solicitante como a los terceros afectados que así lo hayan solicitado, considerándose la falta de resolución y notificación como un supuesto de silencio administrativo negativo, y en caso de estimación total o parcial de la solicitud, el órgano competente deberá facilitar la información requerida.

Pese a su brevedad, el capítulo VII de la obra presenta gran interés. Está dedicado a la exposición de las dos vías de recurso que la LTBG ofrece a los interesados en el procedimiento de acceso, la reclamación y el recurso contencioso-administrativo, y su importancia radica en que se trata de un aspecto que ha sufrido significativas modificaciones tras la entrada en vigor de la LTBG.

Para concluir la primera parte del libro, RAZQUIN LIZARRAGA orienta los tres últimos capítulos al análisis del ejercicio del derecho de acceso en determinadas materias y por personas concretas; en este sentido, el capítulo VIII hace referencia a la materia de contratación pública, el capítulo IX versa sobre la información ambiental y el capítulo X trata sobre el derecho de acceso de los concejales. En cada uno de ellos, se expone de forma clara y concisa la normativa aplicable y el procedimiento de acceso, y se señalan los aspectos particulares que se deben tener en cuenta.

En la segunda parte de la obra se trata el derecho de acceso a la información pública desde un punto de vista más práctico, con el fin de facilitar en la medida de lo posible el ejercicio de dicho derecho; para ello, el autor incorpora una serie de modelos y diagramas del procedimiento de acceso. Cabe destacar que todos los modelos insertos van acompañados de notas explicativas y de ejemplos ficticios que, junto con los diagramas, permiten al lector comprender de forma más clara en qué consiste cada una de las fases que integran el procedimiento de acceso.

Finalmente, la tercera y última parte del libro, "Documentación general y bibliográfica", contiene una recopilación de diversas referencias a ejemplos prácticos sobre el derecho de acceso, además de incluir una amplia bibliografía a la que el lector podrá acudir si desea profundizar más en alguno de los aspectos tratados en la obra.

Basándose en lo expuesto, se puede concluir que RAZQUIN LIZARRAGA realiza una extraordinaria labor, al exponer la cuestión del derecho de acceso a la información pública no solo a la luz de la nueva regulación contenida en la LTBG, sino acudiendo también a otras fuentes, tanto nacionales como europeas, con las que se enriquece considerablemente la obra; en este sentido, cabe destacar la oportuna inclusión de la jurisprudencia europea y estatal existente en materia de derecho de acceso, así como de diversos informes de la Agencia Española de Protección de Datos que esclarecen en gran medida algunos de los temas tratados en la obra. En cuanto a los destinatarios del libro, el autor expone en la introducción que está especialmente dirigido a los responsables y empleados públicos, así como a todas las personas que se ponen en relación con las Administraciones públicas ejerciendo el derecho de acceso a la información pública; no obstante, puede considerarse que se trata de una obra cuya lectura también es muy recomendable para todos aquellos que, por uno u otro motivo, estén interesados en comprender de una forma clara y detallada en qué consiste dicho derecho y de qué forma puede verse limitado su ejercicio.

Antía Boo Corral
Graduada en Derecho
antia_bc@hotmail.com

Regap



RECENSIONES

A renovación da función pública.

Estratexias para frear a
corrupción política en España

La renovación de la función pública.

**Estrategias para frenar la
corrupción política en España**

The renewal of the public function.

Strategies to curb political
corruption in Spain

52
Regap

RAMIÓ MATAS, C.
Los Libros de la Catarata, Madrid, 2016

Regap



RECENSIONES

Generalmente, los trabajos o los ensayos elaborados en torno al análisis de la administración y gestión pública y de sus instituciones acostumbra a ser aportaciones teóricas basadas en abundante bibliografía, con un estricto rigor académico de corte formal y con la principal intención de perfeccionar el sistema conforme a un modelo idealista donde imperen los conceptos de buena gobernanza, ética pública, transparencia, rendición de cuentas, reforma o modernización administrativa.

La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España, de Carles Ramió, es una obra mucho más ambiciosa y se olvida de los formalismos. Asimismo, estamos ante un trabajo de implacable solidez académica e innegable profesionalidad, todo ello unido a un estilo ameno y desenfadado propio de uno de los mejores especialistas en Administración pública de España, como demuestra en sus –hasta el momento– 19 obras e innumerables estudios y artículos publicados. Además, su dilatada experiencia, no solo en la rama académica como catedrático de Ciencia Política y de la Administración, sino también por su contacto directo con el mundo administrativo y político durante los últimos treinta años, se ve reflejada a lo largo de las páginas que componen este ensayo honesto y encomiable.

Esta obra se presenta ante un escenario actual plagado de un incesante número de casos de corrupción que sacuden los cimientos del aparato gubernamental, administrativo, empresarial y social. Por consiguiente, la obra consigue demostrar que la corrupción no solo afecta e infecta a la esfera pública, sino que su naturaleza también es transversal. El profesor Ramió, con una estructura sencilla, divide esta obra en tres capítulos.

En primer lugar, analiza los datos y sucesos históricos recientes del fenómeno de la corrupción política en España. En esta parte, Carles Ramió realiza un breve recorrido por los primeros episodios de corrupción de mayor relevancia de nuestra historia reciente –como fueron los tan populares casos Roldán y Filesa a finales de los años 80 y a principios de los años 90, respectivamente– para así dar cuenta de las tres dimensiones de la corrupción española: la corrupción de carácter personal, la corrupción que deriva de la financiación ilegal de los partidos políticos y aquella corrupción que incide en las instituciones públicas.

En esta línea, el autor interpreta numerosos datos procedentes de distintos indicadores y variables de gran relevancia para el análisis de este fenómeno, como son el índice de percepción de la corrupción, el sobre coste de la contratación pública, el indicador de confianza política, la evasión fiscal o la economía sumergida, todo ello en comparativa con otros países de la Unión Europea.

Posteriormente –y como núcleo central del libro– desarrolla las causas más relevantes asociadas a la corrupción, estudia su naturaleza de carácter político y como afecta al ámbito empresarial y sindical, a los medios de comunicación y a una buena parte de nuestra sociedad.

Así, en el segundo capítulo, el profesor Ramió lleva a cabo un minucioso estudio de las causas de la corrupción política y las variables que intervienen en esas prácticas ilícitas. Estas causas reflejan, sin lugar a dudas, la necesidad imperiosa de una renovación o reforma sustancial de la función pública y de su estructura, como indica el propio título de la obra.

La excesiva relajación de las instituciones públicas ante esta lacra, el déficit de funcionarios dedicados a evitar y controlar la corrupción y la deficiente financiación de los partidos políticos son tres de las causas que Carles Ramió aborda con absoluta claridad y contundencia. A estas se les suman otras razones más controvertidas o que quizás pueden suscitar el debate como son la asimetría existente entre la dedicación política y los incentivos recibidos por los cargos políticos, la desmotivación y acomodamiento de los empleados públicos o la corrupción empresarial y su vinculación al tan famoso y peyorativo término de *las puertas giratorias*.

Además, es interesante el análisis que realiza el autor sobre la corrupción como parte de nuestra cultura social y sobre la labor de las organizaciones sindicales en las Administraciones públicas en las últimas décadas, las cuales han provocado lo contrario a lo esperado convirtiéndose, a pesar de estar destinadas a defender a los empleados públicos y fomentar un aparato administrativo fuerte y capacitado, en entidades extractivas, parasitarias y protagonistas de algunas de las más relevantes tramas de corrupción en España.

Esta segunda parte de la obra finaliza con el importante papel que ejercen los medios de comunicación a la hora de investigar, detectar e informar de las malas prácticas y disfunciones en el sistema político. A través de un análisis del comportamiento de los medios de comunicación en España ante estos sucesos, el autor detecta tres problemas fundamentales: el partidismo, su falta de independencia y su fuerte financiación derivada de las instituciones públicas de los diferentes niveles de gobierno. Así las cosas, Carles Ramió interpreta, en sentido amplio, cómo los medios de comunicación actúan como “cómplices por omisión” de la corrupción activa y como fuentes generadoras de confusión social.

En conclusión, para este autor la clave se encuentra en la renovación –organizativa e institucional– urgente de la clase política, para que esta se caracterice por su solidez profesional, su

transparencia y que, principalmente, esta nueva clase política posea legitimidad democrática y social.

Finalmente y partiendo de esta última premisa, en el tercer y último capítulo de este ensayo se recogen las proposiciones o estrategias elaboradas por el autor a fin de impulsar medidas reformistas que puedan ejecutarse a la mayor brevedad posible. En este punto, Ramió afirma que es preciso “modernizar nuestro sistema de partidos, nuestras instituciones básicas del Estado y nuestras Administraciones públicas para incorporar más inteligencia en sus funciones de implementación de políticas públicas y de control hacia los políticos, el mercado y la sociedad” (Ramió, 2016, p. 115).

Tales propuestas se estructuran en torno a los siguientes ejes básicos de acción y reforma: la apuesta por medidas de regeneración política, institucional y público-privada; el fomento de la transparencia, la evaluación de las instituciones públicas y la dotación de inteligencia a estas; la mejora de los sistemas de control y detección de casos de corrupción; y, en relación a la calidad de la función pública, la aplicación de la meritocracia en el acceso al empleo público y la profesionalización de la dirección pública.

Esta última parte de la obra recoge la verdadera aportación de Carles Ramió. A pesar de que algunas de las 25 proposiciones ya han sido tratadas por otros autores expertos en gestión pública, la aplicación conjunta y paulatina de todas ellas y el hecho de contar con instituciones y empleados públicos honestos – alejados de las prácticas corruptas y comprometidos con el servicio público – se convierte en la fórmula precisa para combatir estas dinámicas incesantes de desfalco público.

La detección imparable de los casos de corrupción en la actualidad y el gran talento y rigor científico que caracterizan a Carles Ramió justifican el epílogo que pone fin a esta obra. En este punto, el autor reserva la parte final para comprobar la veracidad de sus hipótesis y concluir que la envergadura real de este fenómeno es mayor de lo aparente.

Sin embargo, aunque tiene en cuenta el surgimiento de nuevos partidos políticos como factor que puede impulsar un cambio dentro del propio sistema y facilitar exponencialmente las transformaciones expuestas a fin de combatir así las dinámicas corruptas, hubiera sido coherente que el autor también hubiese planteado la excesiva intervención estatal en todos los ámbitos de la esfera pública como posible causa de la propagación acelerada del fenómeno de la corrupción. Por ello, este último aspecto de gran relevancia no se muestra en su obra y sería razonable tenerlo en cuenta.

Por todo lo expuesto anteriormente, esta publicación, elaborada por un perfecto conocedor de la Administración pública, debe convertirse en una lectura imprescindible y en una fuente de documentación y reflexión no solo para aquellos que ocupen puestos políticos o para aquellos que sean responsables públicos de alto nivel sino también para todos los que forman parte de las Administraciones públicas y para la sociedad en general, en la que repercuten directa e indirectamente todas las decisiones y acciones de servicio público.

Lorena Alonso Suárez

Universidad de Santiago de Compostela
lorena.alonso.suarez@gmail.com

Regap



RECENSIONES