

# Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

54 Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Maxistrado (Galicia, España)  
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

**Sumario:** 1 Administración local. 1.1 Falta de lexitimación do concello para exixir a imposición dunha sanción disciplinaria ao seu secretario-interventor pola comisión de infraccións graves ou moi graves. 1.2 Competencias dos concellos en materia de telecomunicacións (estacións de telefonía móbil). 1.3 Obrigas dos concellos respecto da conservación dos camiños rurais no seu termo municipal. 1.4 Competencia do aparelador municipal para emitir informes sobre instrumentos de planeamento urbanístico. 2 Colexios profesionais. 2.1 Ámbito competencial da Comunidade Autónoma de Galicia para regular a materia de colexios profesionais. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Valoración de predio edificado en solo urbano consolidado, cualificado no planeamento urbanístico como sistema xeral viario. 3.2 Carácter non indemnizable do demérito dunha vivenda pola situación de fóra de ordenación e a perda de calidade de vida que lles supuxo aos seus moradores a execución dunha autoestrada nas súas inmediacións. 4. Medio ambiente e urbanismo. 4.1 Declaración de nulidade dun plan xeral por falta de xustificación do notable incremento de densidade de vivenda previsto nel. 4.2 Modificación puntual de plan xeral para establecer e regular o uso de crematorio. Omisión de avaliación ambiental estratéxica. 4.3 Información en materia de medio ambiente. Dereito de acceso aos expedientes de concesións mineiras e de obtención de copia dos documentos que constan neles. 4.4 Normas de identificación e ordenación zosanitaria dos animais equinos en Galicia. 5 Persoal. 5.1 Nomeamento fraudulento de persoal funcionario temporal para cubrir necesidades estruturais ou permanentes da Administración. Dereito a manterse no posto ata que se cubra mediante o procedemento legalmente establecido ou se amortice. 5.2 Os funcionarios interinos carecen de dereito indemnizatorio polo seu cesamento en legal forma. Inaplicabilidade do precedente da Sentenza do TXUE “De Diego Porras” ás relacións funcionariais. 5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fóra do seu horario laboral unha actividade docente sen autorización previa de compatibilidade. 5.4 Aptitude dos enxeñeiros de camiños para desempeñar xefaturas de servizo da Xunta de Galicia relacionadas co urbanismo e o medio ambiente. Improcedencia de reservar as ditas xefaturas exclusivamente a arquitectos. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares. Ponderación dos intereses en conflito. Prevalencia dos vinculados á protección do medio ambiente sobre os económicos do promotor dunha actividade industrial. 6.2 Responsabilidade patrimonial por deficiente prestación sanitaria dunha mutua de accidentes de traballo e enfermidades profesionais: competencia da Sala do Contencioso-

Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza. 6.3 Reclamación contra o Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos construtivos en vivendas de protección. Competencia da xurisdición civil. 7 Tributos. 7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía). 7.2 Excepcionalidade da notificación de liquidacións mediante publicación por edictos. Debe investigarse o domicilio actual do suxeito pasivo para practicar a notificación persoal. 7.3 Imposto de bens inmobles (IBI). As academias de policía non se benefician da exención correspondente a centros públicos de ensino. 7.4 Cuantificación da taxa por ocupación do dominio público a operadoras de telecomunicacións. Inaplicabilidade do tipo do 1,5 % dos ingresos de facturación establecido na lexislación de facendas locais. 8 Turismo. 8.1 Regulamento regulador dos apartamentos e vivendas turísticas en Galicia. 9 Universidades. 9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo.

## 1 Administración local

### 1.1 Falta de lexitimación do concello para exixir a imposición dunha sanción disciplinaria ao seu secretario-interventor pola comisión de infraccións graves ou moi graves

A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia –TSXG–, na súa sentenza do 27 de setembro de 2017 (Rec. 172/2017, relator: Seoane Pesqueira), confirmou en apelación a inadmisión do recurso promovido por un concello contra a resolución da Dirección Xeral de Administración Local da Xunta de Galicia que desestimou a denuncia formulada por aquel contra a súa secretaria-interventora pola posible comisión de infraccións graves ou moi graves, coa seguinte motivación:

*«(...) Tal como se desprende do estudo da xurisprudencia do Tribunal Supremo, a doutrina xeral sobre a lexitimación activa en interpretación do artigo 19 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, presenta peculiaridades propias cando, téndose seguido un determinado procedemento sancionador ou disciplinario, o denunciante neste pretende combater a resolución do órgano administrativo competente para dilucidala, sexa impondo unha sanción ou acordando o arquivo. Así, a xurisprudencia do Tribunal Supremo vén apreciando a falta de lexitimación dos recorrentes en supostos asimilables ao actual, é dicir, en asuntos nos cales o denunciante que provoca coa súa denuncia un expediente sancionador ou disciplinario por parte da Administración pretende recorrer xurisdicionalmente contra a decisión ao respecto do órgano administrativo correspondente. (...) Debe tomarse nota de que o Tribunal Supremo se está a referir, nestes casos, a recorrentes que, como no noso, se consideraban directamente prexudicados pola actitude denunciada, e, malia iso, denégalles a lexitimación. A doutrina indicada supón dar por boas as seguintes afirmacións, que se atopan explícita ou implícitamente contidas nesta:*

*a) A facultade de denunciar un feito perseguible de oficio pola Administración non lle concede ao denunciante a condición de parte interesada, nin a posibilidade polo tanto de recorrer, mesmo cando, sen prexuízo de que a Administración o poida perseguir de oficio, o feito causou ou pode ter causado un prexuízo directo ao denunciante.*

*b) O exercicio de accións sancionadoras ou disciplinarias só conclúe no seu caso coa imposición dunha sanción ao denunciado, pero non coa reparación material ao denunciante, nin no sentido dunha indemnización nin no da revogación da actuación xurisdicional realizada.*

*c) O mero interese moral que, polo tanto, lle resta ao denunciante de que se sancione o denunciado non é suficiente para fundamentar a súa lexitimación.*

*(...) O argumento crucial nesta materia é que o denunciante, mesmo cando se considere a si mesmo vítima da infracción denunciada, non ten un dereito subxectivo nin un interese lexítimo a que o denunciado sexa sancionado. O poder punitivo perténcelle unicamente á Administración que ten encomendada a correspondente potestade sancionadora e, por conseguinte, só a Administración ten un interese tutelado polo ordenamento xurídico en que o infractor sexa sancionado.*

*É verdade que as cousas non son así no dereito penal propiamente dito, onde existe mesmo a acción popular; pero iso é debido a que hai normas que expresamente establecen excepcións ao monopolio público sobre o exercicio do ius puniendi, excepcións que non aparecen no dereito administrativo sancionador. É máis: aceptar a lexitimación activa do denunciante non só conduciría a soste que posúe un interese que o ordenamento xurídico non lle recoñece nin protexe, senón que levaría tamén a transformar os tribunais contencioso-administrativos nunha especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Isto último suporía dar por bo que poden impor as sancións administrativas que non impuxo a Administración, o que chocaría co chamado carácter revisor da xurisdición contencioso-administrativa. Noutras palabras, os tribunais contencioso-administrativos poden e deben controlar a legalidade dos actos administrativos en materia sancionadora; pero non poden substituír a Administración no exercicio das potestades sancionadoras que a lei lle encomenda a aquela.*

*(...) Neste caso, hai que engadir que o apartado 10 do artigo 92 bis da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases de réxime local, na redacción que lle deu a Lei 27/2013, do 27 de decembro, lle atribúe ao órgano competente da corporación local a competencia para a incoación de expediente disciplinario ao funcionario con habilitación de carácter nacional (condición que reúne a señora xxxxxxx, en canto secretaria-interventora) cando os feitos que se imputan puidesen ser constitutivos de falta leve, mentres que lle corresponde á comunidade autónoma, respecto dos funcionarios de corporacións locais no seu ámbito territorial, cando os feitos denunciados puidesen ser constitutivos de falta grave tipificada na normativa básica estatal. Polo tanto, a corporación local nin é competente para a incoación respecto a faltas graves ou moi graves, nin está lexitimada para impugnar a resolución do órgano correspondente da comunidade autónoma que denega a apertura de expediente disciplinario por faltas graves, pois con iso entremeteríase no que constitúe competencia deste último órgano, todo iso sen prexuízo de que acorde a incoación por falta leve se considerase que existen motivos para iso».*

## 1.2 Competencias dos concellos en materia de telecomunicacións (estacións de telefonía móbil)

Na Sentenza do TSXG (Secc. 2.<sup>a</sup>) do 9 de novembro de 2017 (Rec. 4156/2014, relator: Recio González) declarouse a nulidade dunha parte da ordenanza do Concello de Vilagarcía de Arousa reguladora das condicións urbanísticas da instalación e funcionamento dos equipos de telecomunicacións, por establecer varias restricións que invaden o ámbito competencial exclusivo estatal sobre a regulación técnica das estacións de telefonía móbil. Afírmase na sentenza o seguinte ao respecto:

*«(...) O artigo 14 da ordenanza recorrida podería conculcar o disposto no artigo 34 da LXTEL, no artigo 72.1 da LXCA, nos artigos 4, 8 e 12 da Lei 3/2013 e no artigo 149.1.21 da CE.*

Regap



NOTAS

*Respecto da suxeición a licenza, dispón o artigo 14 da ordenanza impugnada que "(...) as estacións de radio ou instalacións quedarán suxeitas á obtención de licenzas municipais e de actividade nos seguintes casos: - Que a superficie que ocupen sexa de máis de 300 metros cadrados, computándose para este efecto toda a superficie incluída dentro do cercado das instalacións da estación. - En canto ás construcións novas, que teñan un impacto en áreas naturais protexidas. - Que teñan un impacto no patrimonio histórico-artístico. - Que teñan un impacto no uso privado e a ocupación de activos de dominio público. 2. Para a instalación e o funcionamento dos equipos e elementos de telecomunicacións será necesaria a presentación e aprobación previas do plan de implantación e estas deberán axustarse ás súas disposicións ou ás actualizacións progresivas".*

*Considera a demandante que con esta redacción se esquece a LXTEL e xurisprudencia aplicable, en concreto o artigo 34.6, e que é contrario á normativa comunitaria, que hai que acudir ao artigo 71 bis da Lei 30/1992 –declaración responsable e comunicación previa–; non ten competencias a Administración local respecto ao plan, e que non necesitan de licenza de actividade. Que non se sinala o procedemento a seguir para a presentación do plan. Considera imposible presentar un plan. Que son cuestións técnicas. E que non se pode exixir a achega de documentación xa presentada. Remítense aos artigos 34 e 35 da LXTEL, artigos 7 e concordantes da Lei 3/2013, e artigo 149.1.21 da CE.*

*A parte demandada sinala que o plan é para garantir unha boa cobertura territorial mediante a disposición xeográfica da rede e a axeitada localización das antenas e protección de edificios ou conxuntos catalogados, vías públicas e paisaxe urbana; pero da lectura do dito artigo 14.2 dedúcese que se trata de cuestións técnicas que, de acordo coa normativa e xurisprudencia inicialmente exposta, son de competencia estatal, polo que procede a súa anulación. Así mesmo, e con relación ao resto do precepto, ten razón a parte demandante en canto que o réxime aplicable actualmente exige a declaración responsable-comunicación previa, non a licenza, polo que procede a anulación do artigo 14 xa que establece excepcións ao dito réxime.*

*- As disposicións transitorias: (...). Terceira disposición transitoria: "Dentro dun período de 1 mes a partir da entrada en vigor desta ordenanza, todas as instalacións existentes no Concello Municipal deben certificar o cumprimento dos límites de referencia do RD 1066/01, coa copia da última certificación requirida presentada ao Ministerio de Industria".*

*A parte demandante sostén a produción das mesmas vulneracións; que se vulnera o principio de colaboración entre administracións, artigo 34.4; imprecisión xurídica na redacción do que se exige; que se trata dunha competencia estatal; vulnérase o artigo 69 da LXTEL, porque se dificulta o impulso das redes de telecomunicación. (...).*

*De acordo coa xurisprudencia inicialmente referida, respecto da repartición competencial nesta materia, debe entenderse que coa DT se invaden competencias estatais, ao tratarse de cuestións técnicas, polo que procede a súa anulación e, en atención ao exposto, a estimación parcial da demanda, coa anulación dos preceptos seguintes: o artigo 14.1 xa que considera excepcións ao réxime actualmente aplicable respecto da comunicación previa e declaración responsable; o artigo 14.2 e a DT 3.<sup>a</sup>.*

### 1.3 Obrigas dos concellos respecto da conservación dos camiños rurais no seu termo municipal

O TSXG (Secc. 2.<sup>a</sup>) na súa sentenza do 27 de xullo de 2017 (Rec. 4545/2016, relator: Fernández Conde) analizou a extensión da obriga competencial dos concellos sobre a conservación dos seus camiños rurais, coas seguintes conclusións:

*«(...) incumbe ao Concello apelante o axeitado mantemento e conservación do camiño público, en condicións aptas para o tránsito, en virtude do disposto no artigo 25.2.d) da Lei reguladora das bases do réxime local Lei 7/1985, do 2 de abril (...) e en virtude do artigo 26.1 a) do mesmo texto legal (...). Non obstante, este deber de mantemento, conservación, seguridade e vixilancia non pode estenderse máis alá da exigencia nunha extensión e intensidade determinadas polo estándar exigible que vén dado polo axeitado e normal para as circunstancias de lugar e uso do camiño –a vía–, quedando probado na instancia que se trata dun camiño en zona rural, camiño de montaña para dar servizo a unha aldea con tres edificacións, e que mesmo cando se teña convertido nun complexo turístico rural, iso non lle atribúe ao camiño de acceso outra natureza distinta que a de ser un “camiño rural” e de montaña, polo que o grao de mantemento e conservación debe ser o dos múltiples existentes desta condición e non o dunha estrada convencional, co que as exigencias no seu mantemento non poden ser equivalentes (...). Entendemos como obras de conservación as que se limitan a manter o camiño en condicións de tránsito axeitado; tampouco podería entenderse como tales as que alteran as súas características morfolóxicas (...). Non por iso ha de obrigarse a Administración a asumir a execución das que exceden as propias de conservación e mantemento do camiño público, e non son desta natureza as que se sinalan no informe, porque implican unha modificación do camiño en que deberían executarse desmontes, noiros, ampliación de calzada, rebaixes de pendente, rectificacións, etc.; unha eventual concorrencia de deficiencias habilitaría para desenvolver razoablemente a adopción de medidas necesarias para manter o camiño en condicións de seguridade, conforme, claro está, a súa natureza de camiño rural, pero non autoriza a que se lle aplique un tratamento que converta o camiño rural nunha estrada dando un resultado moi próximo ao que lle correspondería se o fose, pois non é a súa natureza».*

Regap



NOTAS

### 1.4 Competencia do aparelador municipal para emitir informes sobre instrumentos de planeamento urbanístico

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS) do 25 de xullo de 2017 (relator: De Oro-Pulido López, Rec. 2860/2016) confirmou a competencia do arquitecto técnico municipal do Concello de Baiona para emitir informe desfavorable sobre un estudo de detalle de iniciativa privada, cos seguintes argumentos:

*«(...) Interesa ante todo sinalar, dunha parte, que a disposición adicional da referida Lei 12/1986 establece que “o establecido nesta lei non será directamente aplicable aos arquitectos e enxeñeiros técnicos vinculados á Administración pública por unha relación de servizos de natureza xurídica administrativa, os cales se rexerán polas súas respectivas normas estatutarias”, e, doutra, que a argumentación do motivo se fundamenta na falta de habilitación do arquitecto técnico para a redacción dun estudo de detalle, cando o obxecto de debate, moito máis limitado, consiste en determinar, como sinala a sentenza recorrida, se un estudo*

*de detalle “se axusta ao planeamento municipal aplicable”. (...) Por último, e en relación co recente criterio xurisprudencial a que se refire a sentenza recorrida, que rexeita o monopolio competencial a favor dunha profesión técnica específica, sempre que o título facultativo en cuestión integre un nivel de coñecementos técnicos axeitados á actuación a realizar conforme os estudos exixidos para obter ese título profesional, non está de máis recordar a nosa sentenza do 14 de novembro de 2014 –Recurso de casación 2679/2012– que declara: “Esta Sala do Tribunal Supremo considerou superadas as categorías de técnicos superiores e de grao medio, ao posuíren todos unha titulación universitaria superior, e por iso non resulta axustada á interpretación que a dita xurisprudencia realizou dos artigos 1 e 2 da Lei 12/1998, de 1 de abril, reguladora das atribucións profesionais dos arquitectos técnicos e enxeñeiros técnicos EDL 1986/9905, a decisión do Tribunal a quo declarando axustada a dereito a negativa do Concello a aprobar un estudo de detalle por vir avalado coa sinatura dun enxeñeiro técnico industrial cando se acreditou que o dito estudo de detalle non tiña outra finalidade que aumentar a altura das edificacións para o proceso produtivo da industria instalada nestas, sen xerar aumento da edificabilidade asignada ás parcelas obxecto da modificación nin do resto dos parámetros aplicables ás ditas parcelas obxecto do proxecto presentado».*

## 2 Colexios profesionais

### 2.1 Ámbito competencial da Comunidade Autónoma de Galicia para regular a materia de colexios profesionais

O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 62/2017, do 17 de maio (relator: Martínez-Vares García) anulou varios preceptos da Lei 11/2001, do 18 de setembro, de colexios profesionais da Comunidade Autónoma de Galicia, modificados pola Lei 1/2010, do 11 de febreiro (de adaptación á Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior), por invadir a competencia básica estatal sobre a dita materia. Concretamente porque:

A) «(...) A regulación impugnada establece a exixencia dunha comunicación previa para o exercicio da actividade na Comunidade Autónoma de Galicia, o que contradí a lexislación básica que previu que basta unha única comunicación para exercer en todo o territorio nacional, e que non admite a exixencia de comunicacións previas para exercer nunha parte do territorio».

B) «(...) neste caso, o lexislador autonómico exerceu unha competencia básica do Estado ao establecer a colexiación obrigatoria para os profesionais médicos e demais profesionais de ciencias da saúde ao servizo das administracións públicas cuxas funcións comprendan a realización de actos profesionais que teñan como destinatarios inmediatos os usuarios do Sistema Público de Saúde de Galicia, así como tamén para o exercicio da actividade privada, na disposición agora impugnada. En definitiva, o artigo 3.2 da Lei 2/1974, de colexios profesionais, na redacción dada a este pola Lei 25/2009, constitúe parámetro de constitucionalidade na materia que nos ocupa, e dado que nel se lle atribúe ao lexislador estatal a competencia para establecer os supostos en que a colexiación obrigatoria resulte exixible para o exercicio profesional, ao abeiro do artigo 149.1.1 e 18 CE, non podemos senón concluír a inconstitucionalidade e nulidade do apartado segundo do artigo 2 da Lei 1/2010, do 11 de febreiro, xa que lle dá unha nova redacción ao artigo 3.2 da Lei de colexios profesionais

de Galicia, na medida en que a Comunidade Autónoma non é competente para establecer o réxime de colexiación obrigatoria previsto nel».

C) «(...) a norma básica precisa os supostos de visado obrigatorio determinando que, nos colexios de profesións técnicas, unicamente procede a petición dos clientes ou nos casos en que o Estado o estableza. A norma autonómica, porén, ao establecer os dous supostos en que debe exercerse a función de visar, repite un deles pero, ao definir o segundo, non reproduce fielmente as bases, senón que as altera na medida en que a xenérica referencia á lei posibilita a intervención autonómica nun ámbito que a norma básica lle reservou ao Estado. O lexislador autonómico parafraseou un precepto básico estatal, de tal xeito que, lonxe de contribuír á intelixencia dun desenvolvemento adecuado das bases, introduciu confusión. Consecuentemente, procede declarar que o apartado quinto do artigo 2 da Lei de Galicia 1/2010, que lle dá unha nova redacción á letra i) do artigo 9 da Lei de colexios profesionais de Galicia, invadiu a competencia estatal para ditar lexislación básica sobre corporacións profesionais (artigo 149.1.18 CE) e, por iso, que é inconstitucional e nulo (...)».

D) «O lexislador autonómico previu, na norma impugnada, que os colexios profesionais han de contar cun servizo de visado, debendo entenderse que os colexios profesionais que deben contar co dito servizo de visado son os que determina a base estatal, isto é, os colexios das profesións técnicas (...)».

E) «A norma estatal é determinante ao excluír do visado tanto os honorarios como as demais condicións contractuais, cuxa determinación queda suxeita ao libre acordo entre as partes, e o control técnico dos elementos facultativos do traballo profesional. Ao non conter a norma autonómica a dita exclusión, atopámonos ante un suposto de reprodución parcial nun precepto autonómico dunha norma estatal básica que determina a invalidez da norma autonómica, por non respectar a lexislación básica do Estado (...)».

F) «O artigo 13.3 da Lei 2/1974 establece o réxime de responsabilidade aplicable ao exercicio da función de visado polos colexios profesionais que pola súa dimensión pública están equiparados ás administracións públicas de carácter territorial (por todas, STC 201/2013, do 5 de decembro, FX 3). De acordo con iso, o Estado estableceu a referida regulación ao abeiro da súa competencia exclusiva sobre o sistema de responsabilidade de todas as administracións públicas, ex artigo 149.1.18 CE. O dito sistema de responsabilidade implica unha normativa común para todo o territorio como garantía indemnizatoria xeral (STC 61/1997, FX 33). Neste caso, atopámonos ante un suposto de reprodución parcial da norma básica estatal pola norma autonómica na medida en que omite un dos requisitos necesarios para que proceda a responsabilidade subsidiaria colexial, como é que os defectos causantes do dano garden relación directa cos elementos que se visaron nese traballo concreto. En consecuencia, ao modificar o réxime de responsabilidade establecido con carácter básico pola normativa estatal pola súa reprodución parcial, debemos declarar a inconstitucionalidade e nulidade do artigo 10 quinquies 3 da Lei de colexios profesionais de Galicia, na redacción dada polo artigo 2.10 da Lei 1/2010».

Regap



NOTAS

## 3 Expropiación forzosa

### 3.1 Valoración de predio edificado en solo urbano consolidado, cualificado no planeamento urbanístico como sistema xeral viario

Na Sentenza do TS (Secc. 5.ª) do 13 de novembro de 2017 (Rec. 1068/2016, relator: Herrero Pina) establécese o criterio definitivo para determinar o xusto prezo dun predio situado en solo urbano consolidado, sen edificabilidade, expropiada para a execución da terceira rolda de circunvalación da cidade da Coruña, coas seguintes conclusións:

*«(...) cando se acode para a determinación da edificabilidade á media do uso maioritario no ámbito espacial homoxéneo, esta sala vén declarando que, para a determinación do aproveitamento, debe descontarse da superficie total a destinada a usos dotacionais non lucrativos, tomando en consideración unicamente a superficie con aproveitamento lucrativo, xa que o que se persegue é determinar o aproveitamento patrimonializable por metro cadrado no espazo considerado, que é o que pode ser obxecto de xusto prezo como representativo do sacrificio efectivo derivado da expropiación. É significativa para o efecto a Sentenza do Pleno desta Sala do 14 de abril de 2015, que se refire xa ao texto refundido da Lei do solo 2/2008 e ao regulamento de valoracións, e sinala que a fórmula examinada persegue a mesma finalidade que o artigo 29 da Lei 6/98 e declara que da superficie do ámbito correspondente debe descontarse a superficie de solos dotacionais e, en definitiva, que debe considerarse unicamente a superficie do ámbito que é susceptible de aproveitamento lucrativo. (...). A razón desta exclusión é que, como observou repetidamente esta sala, o solo chamado a un destino non lucrativo non pode ser tido en conta ao aplicar o artigo 29 LSV, pois iso equivalería a facer depender o valor dos predios afectados da finalidade a que o planificador destina a zona onde se atopan.*

*Noutro caso desvirtuariase o obxectivo perseguido pola norma, que non é outro que o de que o propietario do solo expropiado sen atribución de aproveitamento sexa retribuído en atención a un aproveitamento equivalente ao recoñecido expresamente para os que si o teñen, equivalencia que, ante a diversidade dos aproveitamentos establecidos, se identifica coa media ponderada destes.*

*Pois ben, a aplicación deste criterio leva a compartir a alegación da parte recorrente, no sentido de que o xurado debeu descontar da superficie do ámbito homoxéneo tomado en consideración os 24.927,415 m<sup>2</sup> correspondentes a vías e dotacións públicas, co que se obtén unha edificabilidade de 2,1 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, equivalente á atribuída directamente polo planeamento. (...). Por outra banda, que a edificabilidade resultante da aplicación da media do ámbito homoxéneo resulte equivalente á edificabilidade neta establecida no planeamento é unha consecuencia necesaria cando o ámbito homoxéneo tomado en consideración coincida co ámbito e uso ao que o planeamento lle atribúe directamente unha determinada edificabilidade neta, como é este caso, en que o xurado sinala expresamente que se delimita como ámbito espacial homoxéneo onde é de aplicación a norma zonal 9.2. (...).*

*Denúncianse, no seguinte apartado, as mesmas infraccións en canto ao desconto de gastos de urbanización, con argumentos semellantes aos que se acaban de expor, e que debemos estimar, pois é doutrina reiterada que, tratándose de solo urbano consolidado, o que non se discute no caso, non caben deducións por gastos de urbanización. Unicamente, e con carácter*



*excepcional ou particular, cabe a dedución de gastos de urbanización pendentes sempre que se xustifique suficientemente a súa realidade e alcance (artigo 24.1.c) TRLS 2008) (...).*

*Distinta resposta merece a pretensión de indemnización independente das construcións e outros elementos existentes na parcela, ao efecto da cal se invoca a infracción dos artigos 22.3 e 24.2 do TRLS de 2008 e do artigo 33 da Constitución, alegando que a interpretación de ambos os dous preceptos conduce á taxación de tales elementos, pois o artigo 22.3 é taxativo e no suposto do artigo 24.2.b) non se están a taxar.*

*Contrariamente a esta formulación, o artigo 24.2 do TRLS de 2008, ao que en definitiva se reconduce a solución da cuestión, establece con claridade que o valor de taxación do solo edificado –que é o caso, mesmo cando a representación do Concello o cuestione– será o superior dos dous seguintes: o determinado pola taxación conxunta do solo e da edificación existente, polo método de comparación ou o determinado por método residual, aplicado exclusivamente ao solo, o que supón, dunha parte, que necesariamente ha de efectuarse unha dobre valoración e, de outra, que só no caso de aplicar a valoración conxunta por comparación se toman en consideración as edificacións existentes, noutro caso só se valora o solo. Neste suposto o xurado chegou á conclusión de que resultaba superior o valor obtido polo método residual, o que non foi cuestionado pola parte, e, en consecuencia, non cabe unha valoración independente das edificacións como pretenden os recorrentes».*

Regap



NOTAS

### 3.2 Carácter non indemnizable do demérito dunha vivenda pola situación de fóra de ordenación e a perda de calidade de vida que lles supuxo aos seus moradores a execución dunha autoestrada nas súas inmediacións

O TSXG (Secc. 3.ª), na súa Sentenza do 25 de outubro de 2017 (Rec. 7198/2014, relator: Paz Eiroa), desestimou a reclamación indemnizatoria formulada polo propietario dunha vivenda que quedou en situación de “fóra de ordenación” como consecuencia das obras de execución dunha autoestrada. Denegou tamén a indemnización reclamada pola perda de calidade de vida que levan consigo os ruidos e vibracións xerados polo tráfico da autoestrada, con estes argumentos:

*«(...) As limitacións legais que condicionan o exercicio dos dereitos de uso non son, por si mesmas, indemnizables ao non entrañaren unha privación singular de dereitos e intereses lexítimos (a título de exemplo, Sentenza do 18 de decembro de 2012 –casación 2335/10– e as que nelas se citan, que, malia que referidas ás limitacións derivadas da Lei de estradas, a súa doutrina é plenamente transplantable), [...] Cuestión distinta é que, como consecuencia da expropiación parcial, o resto non expropiado debeña antieconómico, antieconomicidade que non pode confundirse co demérito sufrido [...] polos restos non expropiados como consecuencia da división do predio, o que, certamente, deberá ser valorado e indemnizado no xusto prezo da expropiación que, para tales efectos, fixe o xurado» –STS, Sección Quinta, do 16 de xuño de 2017, Recurso 32/2016, reiterando outras–. Este tribunal vén reiterando que “en canto ao demérito derivado da expropiación, procede a súa indemnizabilidade en supostos de solo urbano cando o establecemento de servidumes e afeccións leva consigo perda de edificabilidade, cando se acredite o prexuízo derivado da afección, pero nos solos rurais, o T.S., Secc. 6.ª, 2/6/2014, Rec. núm. 4161/2011, entende que as limitacións derivadas da zona de influencia constitúen unha limitación do dominio derivada da lexislación de estradas,*

*de sorte que só serían indemnizables, conforme a lexislación de estradas, a ocupación de zona de servidume e os danos e perdas causados pola súa utilización; neste tipo de solos non urbanos, a imposibilidade ou limitación para edificar non é indemnizable, ao non existir dereito a edificar en solo non urbanizable; podería predicarse unha indemnizabilidade das afeccións en solo rural na medida en que afecten á utilidade que pola súa propia natureza veu prestando o ben expropiado, aínda que se estaría a forzar o instituto expropiatorio, cunha finalidade fundamentalmente tuitiva, permitindo ou recoñecendo indemnizacións por razón do demérito derivado da imposición de afeccións que non teñen causa directa na expropiación que se acomete, senón no proxecto de obra pública do que a expropiación é mero instrumento, cando o interesado non actuou en defensa do seu interese, no expediente do mesmo proxecto de obra pública que xustificou a expropiación, alegando e acreditando a mingua do uso que suporía para o ben a expropiar” –termos da Sentenza ditada o 19 de outubro de 2017 no Recurso 7172/2015–. (...) Este TSXG, na S. núm. 141/14, do 29 de xaneiro, PO núm. 7285/10, no seu F.D. 4.º, in fine, considera que o T.S. no Rec. 4227/2009, S. do 17/7/2012, indica que unha cousa é a indemnización por demérito, que vén determinada en función da depreciación efectiva do predio como consecuencia do prexuízo real ocasionado pola expropiación, prexuízo que necesariamente debe acreditarse e, se é o caso, indemnizarse conforme os criterios de valoración dese demérito e outra distinta a relativa á constitución das servidumes e limitacións que establece a lexislación sobre estradas, que, por non entrañar unha privación singular de dereitos e intereses lexítimos, non son indemnizables; así pois, por iso, os conceptos reclamados como perda de calidade de vida persoal non son susceptibles de indemnización ao non derivaren da expropiación, que non pode estenderse a outras consecuencias que derivan do establecemento dun servizo público, cuxas consecuencias e limitacións veñen concretadas por normas con rango de lei (de estradas) e delimitan o contido da propiedade de acordo co interese social desta (artigo 33 CE); é dicir, o predio ou a vivenda non sufriu, como consecuencia da expropiación, deméritos indemnizables por razón de ruído nin perda de privacidade, considerando este TSXG, na S. 201/2010 sobre ruidos e vibracións, que se afirma que causa a vía nos bens expropiados, que non son consecuencia directa da expropiación do solo, senón do establecemento do servizo público para o que se expropiaron, maiormente cando calquera proxecto de vía pública debe ter incorporadas medidas para evitar prexuízos acústicos, e o seu incumprimento non é exixible por vía indemnizatoria a quen responde do xusto prezo, senón á Administración que debe cumprir o programa de seguimento e vixilancia ambiental” –Sentenza deste tribunal do 31 de maio de 2016, Recurso 7626/2013–».*

## 4 Medio ambiente e urbanismo

### 4.1 Declaración de nulidade dun plan xeral por falta de xustificación do notable incremento de densidade de vivenda previsto nel

O TS (Secc. 5.ª) na súa Sentenza do 12 de xullo de 2017 (Rec. 1859/2016, relator: Fernández Valverde) confirmou en casación a declaración de nulidade total do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Abegondo (A Coruña) por proxectar no seu territorio un incremento desmedido e inxustificado da densidade de vivenda, carecendo ademais dun verdadeiro estudo económico-financeiro. Incide o tribunal en que:

«(...) debemos destacar os seguintes aspectos:

a) A sentenza, desde o principio do fundamento cuarto, deixa constancia do amplo espectro probatorio que toma en consideración: “Do contido do informe técnico achegado acompañando a demanda e do informe elaborado por perito xudicialmente designado, así como da documentación existente en autos e mesmo no expediente”.

b) A sentenza, igualmente, sinala desde o principio que o incremento previsto de 2.622 vivendas non alcanza o nivel mínimo de xustificación exixido polos apartados 3.1.4 e 3.1.15 do Decreto 19/2001, do 10 de febreiro.

c) A sentenza, analizando datos do PXOU, compara vivendas situadas no municipio en 1991 (3.037), 2009 (3.348); isto é un incremento dunhas 300 vivendas en 20 anos.

d) Igualmente, realiza unha comparativa poboacional, destacando que no citado período de tempo (1991/2009) a poboación descendeu de 6.165 a 5.798 habitantes.

e) Recoñece, non obstante, que outros municipios da bisbarra da Coruña aumentaron a poboación, e que tal diferenza “pode deberse á circunstancia sobre localización duns e outros en relación coa cidade da Coruña e cos puntos máis relevantes de dinamización económica”.

f) A sentenza deixa constancia da “ampla marxe de apreciación da Administración competente en materia de planeamento para que efectúe as súas previsións relativas a poboación e vivendas”, pero, igualmente, deixa constancia da ausencia de elementos significativos que puidesen servir de apoio ás optimistas previsións de crecemento poboacional e demanda de vivendas do PXOU, destacando a ausencia de novas circunstancias de orde económica, industrial, de servizos ou mesmo de organización social que xustifique o crecemento de 164 vivendas/ano durante 16 anos, facendo referencia á desproporcionalidade de tal crecemento e á irracionalidade deste, xa que iso implicaría –segundo o perito de designación xudicial– triplicar a poboación no horizonte temporal dos 16 anos mencionados (isto é, un incremento de máis de 10.000 habitantes en 16 anos, en relación cos menos de 6.000 da actualidade).

g) Por último, a sentenza de instancia destaca que, ao mesmo tempo, as mencións a vías de comunicación non as fai suficientes, e que a distribución da poboación dentro do municipio está ausente.

h) Obviamente, expón a sentenza, tan desproporcionado incremento incide decisiva e negativamente na viabilidade económica do PXOU, como a sentenza dos informes –que cita expresamente– do interventor municipal, do perito xudicial e do achegado pola parte actora.

(...) Pois ben, de conformidade coa anterior doutrina, non podemos aceptar a formulación da recorrente en relación coa valoración da carga da proba, nin cos outros extremos a que o motivo se refire, pois era a ela á que lle correspondía acreditar a viabilidade do crecemento poboacional que a sentenza puxo en dúbida e a paralela proporcionalidade do número de vivendas, xa que a xustificación dos parámetros de crecemento non xustificaban este; obviamente, era ela a que tiña que acreditar que os expresados datos cuantitativos proxectados no PXOU, e negados pola plataforma recorrente, con base en datos históricos, contrastados e obxectivos de poboación e vivendas, contaban con algunha xustificación contundente na programación do PXOU, o cal, a xuízo da sentenza de instancia, de ningún xeito se conseguiu, segundo expresa esta; pois ben, ante tal situación, estamos impedidos nesta sede casacional

Regap



NOTAS

*de proceder á revisión do tema probatorio que se nos formula, e que a propia recorrente non conecta coa existencia de indefensión ningunha. Isto é, non contamos con elementos para alterar a valoración probatoria –o que lles correspondía ás demandadas, unha vez postas en dúbida as proxeccións expostas no planeamento coa motivación que contiñan–, nin a interpretación xurídica realizada pola sala de instancia, no marco da xurisprudencia que salientamos (...).*

*A sentenza non nega –de ningún xeito– a discrecionalidade con que contan as administracións demandadas para proxectar a súa decisión de planeamento, pero a sentenza de instancia, tomando en consideración todos os elementos que antes salientamos, non consegue atopar xustificación nos que fundamentar tan desmedido crecemento; nin a historia poboacional do municipio (cun leve descenso poboacional nos últimos anos), nin o cómputo das vivendas construídas nos anos anteriores, nin, por outra parte, os posibles factores de crecemento poboacional lle serven á sala para xustificar os crecementos expresados, e, tal forma de proceder na valoración dos elementos expresados de ningunha maneira se nos aparece como afectante ao citado “principio de desenvolvemento territorial e urbano sustentable”, pois o planeamento proxectado –se é que realmente pretende un desenvolvemento sustentable– non acredita nin un uso racional dos recursos naturais, nin toma en consideración os requirimentos que veñen impostos pola economía, o emprego, a cohesión social, e, entre outros extremos, a protección do medio ambiente, que son os elementos que o precepto establece».*

## 4.2 Modificación puntual de plan xeral para establecer e regular o uso de crematorio. Omisión de avaliación ambiental estratéxica

A Sentenza do TSXG do 16 de novembro de 2017 (Rec. 4110/2015, relator: Recio González) anulou a modificación puntual do plan xeral de ordenación urbana de Pontevedra aprobada para establecer e regular o uso de crematorio no seu termo municipal, por non terse tramitado a preceptiva avaliación ambiental estratéxica. Concluíu o tribunal que:

*«(...) A Lei 21/2013, do 9 de decembro, de avaliación ambiental, explica na súa exposición de motivos que, en materia de medio ambiente, a regulación básica estatal e a autonómica de desenvolvemento deben asegurar, por imperativo do artigo 45 da Constitución, a protección e preservación do medio ambiente, para o cal un marco básico e común é absolutamente indispensable; e que esta lei se asenta na competencia exclusiva do Estado en materia de lexislación básica sobre protección do medio ambiente, sen prexuízo das facultades das comunidades autónomas de estableceren normas adicionais de protección (artigo 149.1.23.a da Constitución). Conforme dispón no seu artigo 6, sobre o ámbito de aplicación da avaliación ambiental estratéxica, “1. Serán obxecto dunha avaliación ambiental estratéxica ordinaria os plans e programas, así como as súas modificacións, que sexan adoptados ou aprobados por unha Administración pública (...).*

*(...) No suposto aquí analizado, do feito de que os proxectos posteriores se teñan que someter á avaliación ambiental, non se debe deducir a exclusión ao mesmo trámite para a modificación do plan, máxime cando se pon de manifesto, e non foi negado pola parte contraria, que o plan non foi sometido. Cómpre engadir que, conforme dispón o artigo 93 da LOUGA, “4. A revisión do planeamento e as modificacións de calquera dos elementos dos plans, proxectos, normas e ordenanzas se suxeitarán ás mesmas disposicións enunciadas para a súa tramitación e aprobación, sen prexuízo do disposto no artigo 62 desta lei...”.*

*Aínda que a posible incidencia sobre o medio ambiente é evidente que sexa maior cando se presente un proxecto para un crematorio e se deba analizar se se aproba o proxecto, iso non pode excluír o sometemento ao trámite ao aprobarse a modificación do planeamento, e posto que con esta modificación se di, entre outras cousas, que a distancia que ha de ser respectada é de 50 metros, con relación aos usos residenciais, terciarios ou equipamentos comunitarios, pódese deducir que de forma xeral xa se está a incidir sobre o medio ambiente e pódense deducir efectos ambientais significativos. Dentro do anexo II refírese, entre outros criterios, á incidencia sobre a saúde, ao que cómpre engadir que se trata dunha actividade contaminante, xa que así o di a Lei 34/2007, do 15 de novembro, de calidade do aire e protección da atmosfera, e o Decreto 133/2008, do 12 de xuño, polo que se regula a avaliación de incidencia ambiental (vixente ata o 28 de decembro de 2013); e con estas referencias, sen entrar na análise do resto dos apartados, xa se deduce que si que concorre, coa aprobación do plan e sen necesidade de esperar á aprobación dos proxectos, sendo lóxico que os proxectos de autorización de crematorios non os estudase aínda o órgano ambiental».*

### 4.3 Información en materia de medio ambiente. Dereito de acceso aos expedientes de concesións mineiras e de obtención de copia dos documentos que constan neles

A Sentenza do TSXG (Secc. 3.<sup>a</sup>) do 22 de novembro de 2017 (relator: Cibeira Yebra Pimentel, Rec. 7363/2015) recoñeceu o dereito dun cidadán a obter na Xunta de Galicia copia dun expediente de concesión mineira que afectaba de xeito moi relevante ao medio ambiente (explotación aurífera de Corcoesto), coas seguintes consideracións:

*«(...) Como principal principio regulador desta materia, o artigo 105 b) da Constitución española dispón que a lei regulará, entre outras materias, o acceso dos cidadáns aos arquivos e rexistros administrativos, salvo no que afecte á seguridade e defensa do Estado, a investigación dos delitos e a intimidade das persoas, e este precepto constitucional remite expresamente á configuración legal do exercicio do dereito de acceso aos arquivos e rexistros administrativos, como dereito non fundamental, aínda que relacionado co dereito de participación política, co de liberdade de información e co de tutela xudicial efectiva, e tal dereito reflicte unha concepción da información que consta en mans do poder público acorde cos principios inherentes ao Estado democrático (xa que o acceso aos arquivos e rexistros públicos implica unha potestade de participación do cidadán e facilita o exercicio da crítica do poder) e ao Estado de dereito (pois o dito acceso constitúe un procedemento indirecto de fiscalizar a Administración á lei e de permitir con máis eficacia o control da súa actuación pola xurisdición contencioso-administrativa) STS 9/12/2003, réxime de acceso que foi desenvolvido despois polo artigo 37 e concordantes da Lei 30/92, no cal con toda claridade se establece que os cidadáns –sen mención ningunha a que sexan titulares de dereitos ou intereses lexítimos relacionados co caso– teñen dereito a acceder aos rexistros e aos documentos que, formando parte dun expediente, consten nos arquivos administrativos, calquera que sexa a forma de expresión, gráfica, sonora ou en imaxe, ou o tipo do soporte material en que figuren, sempre que tales expedientes correspondan a procedementos rematados na data da solicitude.*

*Certo é que a lei establece determinados límites ao exercicio dese dereito –artigo 37.2 Lei 30/92– (...). Pero en ningún destes casos se atopa o solicitado polo actor neste recurso, e nin*

Regap



NOTAS

*sequera pode discutirse de ningunha maneira a súa lexitimación para pedilos –recoñecida inicial e legalmente a calquera cidadán polo feito de selo–, porque, de xeito engadido, o actor demostrou estar domiciliado nun núcleo rural do contorno da mina de que se trata, e, loxicamente, coa condición de posible afectado na realidade pola actividade mineira en discusión que puidese desenvolverse nese ámbito físico, aparecendo como razoable e fóra de calquera motivación espuria ou de intención abusiva que pretenda informarse de todos os condicionantes fácticos e xurídicos relacionados cos dereitos mineiros da concesionaria, actual e anteriores, da explotación a que se refire. Neste sentido, tamén hai que sinalar que a Lei 38/1995, do 12 de decembro, sobre o dereito de acceso á información en materia de medio ambiente –pola que se integra a Directiva 90/313/CEE do Consello e contén mesmo unha normativa máis ampla que a da Lei 30/92–, establece o dereito de todos os nacionais que integran o espazo europeo a acceder a toda a información ambiental que estea en poder das administracións públicas, coas escasas limitacións que se conteñen no seu artigo 3, e que ten o carácter de lexislación básica de acordo co artigo 149 da CE. Iso leva consigo a obrigada desestimación da primeira causa de inadmisibilidade alegada pola Administración demandada, na medida en que o actor estaba plenamente lexitimado para realizar a petición que fixo, non tratándose tampouco de ningún modo dunha actuación administrativa non susceptible de impugnación –segunda causa de inadmisibilidade–, pois, ditado despois o necesario acto de denegación expresa do pedido, exerceuse correctamente e en tempo adecuado o oportuno recurso xurisdiccional, ao que agora pasa a ofrecerse resposta.*

*Noutra orde de cousas, tampouco podía deducirse que había que entender estimada tal solicitude por silencio administrativo positivo, xa que, en materia de dominio público e medio ambiente, o silencio sempre opera en sentido negativo ao que se solicita.*

*Iso lévanos a entrar directamente no tema de fondo do que aquí se discute. As razóns do rexeitamento a concedelos expostas na primeira resolución do 11 de abril de 2013 son totalmente insuficientes e inaceptables. Xa se dixo que a lexitimación era manifestamente clara tal como se presentaba a causa da súa petición, sendo un mero subterfuxio para non recoñecela dicir que a posible condición de interesado neste expediente non se podía estender aos expedientes anteriores, e non sendo tampouco un argumento válido dicirlle que tiña que xustificar o seu interese conforme o artigo 37 da Lei 30/92, nin a mera cita de que había que aterse ás restricións dos documentos nominativos en canto á intimidade das persoas e materias protexidas, pois nada se xustificaba con relación a isto, e na propia tese da parte actora admitíase expresamente que, se nalgún dos documentos puidese existir algún dato persoal relacionado coa intimidade dalgunha persoa, se fixese omisión del, pero que se presentase a documentación básica e obxectiva de todo o relativo á adquisición e vixencia deses dereitos mineiros que ao final se dicía que posuía a última titular da concesión de explotación da mina (...).».*

#### 4.4 Normas de identificación e ordenación zoonosanitaria dos animais equinos en Galicia

O TS (Secc. 4.<sup>a</sup>), na súa sentenza do 11 de xullo de 2017 (Rec. 2652/2015, relator: Toledano Cantero), desestimou o recurso de casación interposto pola Asociación Cabalar Monte Acibal de Amil e a Asociación Lobo contra a Sentenza do TSXG que á súa vez desestimou

o recurso formulado fronte ao Decreto 142/2012, do 14 de xuño, da Xunta de Galicia polo que se establecen as normas de identificación e ordenación zoonosanitaria dos animais equinos.

Analízase nesta sentenza o peculiar réxime dos cabalos que permanecen en semiliberdade nos montes de Galicia sometidos á tradicional práctica dos curros. Os recorrentes opúñanse sobre todo á obriga exixida no referido decreto de implantar un microchip nos équidos, coa conseguinte asunción de responsabilidades polo seu titular. O Tribunal Supremo afirmou o seguinte na sentenza:

*«(...) O decreto impugnado establece un detallado réxime xurídico que, partindo da consideración de explotación equina extensiva respecto a estes animais, e a determinación dun réxime de titularidade aos que atribúen para si a súa posesión, obriga os propietarios dos animais á súa identificación mediante a implantación dun transpondedor ou microchip no pescozo dos cabalos, establece o réxime de aseguramento de danos a terceiros, a necesidade da preceptiva autorización expresa de pastoreo nos terreos en que habitan estes cabalos salvaxes, a consideración das asociacións e "titulares" de cabalos salvaxes como persoas responsables de pasto de uso común e titulares dun dereito de aproveitamento de pastos, o réxime xurídico das reses sen dono, a regulación dos espazos de acollida para animais non identificados, coa exixencia, se é o caso, de peche perimetral (...).*

*O réxime civil de propiedade e posesión dos animais salvaxes non é incompatible co exercicio das potestades administrativas de tutela do interese público en materia de sanidade animal, e a prevención dos eventuais riscos que para terceiros poidan orixinar os animais que deambulen en liberdade, así como a obriga de contar cun seguro que cubra as responsabilidades en que se puidese incurrir. Tampouco o é establecer o destino dos animais salvaxes que, carecendo de dono ou posuidor, lles poidan ocasionar un dano ás propiedades de terceiros, ou un risco para a seguridade de persoas ou cousas. Obviamente, a obriga de identificación non é substituíble polas formas tradicionais de identificación ou marcas que se realizan nos cabalos nos denominados curros. Ao contrario, existe un amplo conxunto de normas que establecen o sistema de identificación, e que resultan plenamente compatibles co disposto no artigo 465 do Código civil. Así, o Regulamento (CE) 504/2008, da Comisión, do 6 de xuño, polo que se aplican as directivas 90/426/CEE e 90/427/CEE, no que se refire aos métodos de identificación dos équidos, establece as bases do actual sistema de identificación individual dos cabalos. Esta norma dispón a utilización de transpondedores electrónicos como método xeral de identificación, aínda que lles permite aos Estados membros a utilización de marcas alternativas en certas condicións. Igualmente, a disposición comunitaria faculta as autoridades competentes dos Estados membros a eximir da obriga de identificación determinadas poboacións de équidos salvaxes que se manteñen confinadas en áreas definidas mentres non as abandonen.*

*Por outra parte, o Real decreto 1515/2009, do 2 de outubro, polo que se establece un sistema de identificación e rexistro dos animais da especie equina, modificado polo Real decreto 1701/2011, do 18 de novembro, sinala as condicións de aplicación da normativa comunitaria no Estado español e prescribe a marca auricular electrónica como a única alternativa autorizada na identificación de animais nados en explotacións de produción e reprodución cuxo obxectivo sexa a produción de équidos de abasto.*

*Nos supostos dos animais carentes de titular, a norma impugnada establece o procedemento de actuación e o destino que se lles deba dar aos animais sen dono que deambulen en*

Regap



NOTAS

*liberdade nalgunha das situacións que poden ocasionar un eventual perigo para os intereses de terceiros, previsión que non infrinxe o disposto no artigo 465 do Código civil, xa que se trata de animais que carecen de titular ou posuidor.*

*En definitiva, o que formula a parte é a súa preferencia por unha diferente política legislativa en relación cos cabalos en réxime de liberdade característicos de Galicia, por considerar que eximir de todas as obrigas que impón o decreto recorrido aos que se benefician, por máis que sexa en moi escasa medida, da explotación destes animais, resultaría máis axeitado para garantir a subsistencia das poboacións de cabalos en réxime de liberdade. Os seus argumentos, por moi dignos de consideración que poidan ser, están no ámbito das opcións de política legislativa, pero non permiten sustentar o control de legalidade, que é o único que corresponde aos tribunais».*

## 5 Persoal

### 5.1 Nomeamento fraudulento de persoal funcionario temporal para cubrir necesidades estruturais ou permanentes da Administración. Dereito a manterse no posto ata que se cubra mediante o procedemento legalmente establecido ou se amortice

O TSXG, nas súas sentenzas do 14 de xuño de 2017 (relator: Seoane Pesqueira, Rec. 72/2017) e 8 de novembro de 2017 (relator: Rivera Frade, Rec. 250/2017), avanzou na súa interpretación da xurisprudencia comunitaria sobre a contratación temporal fraudulenta no sector público, recualificando o vínculo dos recorrentes coa Administración como unha interinidade análoga á establecida pola xurisdición social sobre o “persoal indefinido non fixo” (*indefinito*). É dicir, recoñeceulle na práctica o dereito a permanecer no posto de traballo ata que se provea definitivamente polo procedemento establecido (oposición/concurso), ou se amortice logo da creación do posto (se non existise na RPT).

Na primeira das ditas sentenzas o actor fora nomeado no ano 2008 polo Concello de Santiago de Compostela como funcionario interino para a realización de programas concretos de carácter temporal que debían finalizar en 2011. O seu nomeamento foise renovando ata que en 2016 se dispuxo o seu cesamento. Concluíu o TSXG o seguinte na sentenza:

*«(...) O Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público, no seu artigo 10 ofrece unha regulación dos funcionarios interinos e das causas da interinidade, establecendo no seu apartado primeiro que son funcionarios interinos os que, por razóns expresamente xustificadas de necesidade e urxencia, son nomeados como tales para o desempeño de funcións propias de funcionarios de carreira cando se dea algunha das seguintes circunstancias: (...) c) A execución de programas de carácter temporal, que non poderán ter unha duración superior a tres anos, ampliable ata doce meses máis polas leis de función pública que se diten en desenvolvemento deste estatuto.*

*E é que, co EBEP, no ano 2007 incorporouse a posibilidade de acudir ao nomeamento de funcionarios interinos en supostos que fosen máis alá dos considerados na vella legislación por razóns de urxencia e necesidade, buscando con iso o legislador unha solución ao*



desenvolvemento de programas, proxectos e, en xeral, actividades que non teñen vocación de permanencia sen necesidade de crear un vínculo funcional fixo co persoal nomeado para desenvolvesas, de maneira que a situación de interinidade debe cesar unha vez que finalice o prazo de vixencia do programa. Na Resolución do 21 de xuño de 2007 da Secretaría Xeral para a Administración Pública, pola que se publicaron as instrucións do 5 de xuño dese mesmo ano para a aplicación do EBEP no ámbito da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos, dicíase, a propósito destas novas causas de interinidade (apartados c) e d) do artigo 10.1 do EBEP), que o obxectivo que se pretendía conseguir era reducir ao mínimo indispensable a utilización das figuras dos contratos por obra ou servizo e por circunstancias da produción. A redacción do artigo 10.1 do EBEP, unida á modificación que tivo lugar no ano 2014, poñen de manifesto que a nova causa de interinidade recollida no apartado c) do precepto busca un obxectivo moi claro: executar programas de carácter temporal que correspondan a necesidades non permanentes, que se adapten aos obxectivos do programa. O cal ha de ter, á súa vez, reflexo no procedemento de selección dos funcionari@s interin@s que o vaian desenvolver, de maneira que o procedemento de selección debe adaptarse a tales obxectivos e non ás características dalgún posto de traballo da Administración que o aproba. En canto á nota de temporalidade, estes programas deben ter unha temporalidade predefinida, como xa advertía a Comisión para o Estudo e Preparación do EBEP, no informe da cal se recollen dúas suxestións ao respecto: que estes programas deben ter unha duración determinada a priori, e que debe quedar prohibido o nomeamento de interinos para programas que se prorroguen ou que reiteren outros inmediatamente anteriores de similar contido, pois neste último caso o que procede é unha planificación que conduza ao nomeamento de persoal fixo.

Así mesmo, convén lembrar que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea ditou o 14 de setembro de 2016 unha sentenza que resolve os asuntos acumulados Martínez Andrés e Castrejana López, asunto C-184/15 (persoal eventual) e C-197/15 (interino), respectivamente, á parte doutras dúas de mesma data que abordan cuestións substancialmente análogas (asunto C-596/14 De Diego Porras e asunto C-16/15 Pérez López), dando resposta na primeira a dúas peticións de decisión prejudicial formuladas, conforme o artigo 267 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), polo Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, concluíndo:

1) A cláusula 5, apartado 1, do Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, asinado o 18 de marzo de 1999, que figura no anexo á Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre o traballo de duración determinada, debe interpretarse no sentido de que se opón a que unha norma nacional, como a controvertida no litixio principal, sexa aplicada polos tribunais do Estado membro de que se trate de tal modo que, no suposto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se lles concede ás persoas que asinaron un contrato de traballo coa Administración un dereito ao mantemento da relación laboral, mentres que, con carácter xeral, non se lle recoñece este dereito ao persoal que presta servizos para a dita Administración en réxime de dereito administrativo, agás que exista unha medida eficaz no ordenamento xurídico nacional para sancionar os abusos cometidos respecto do dito persoal, o que lle incumbe ao xuíz nacional comprobar.

2) O disposto no Acordo marco sobre o traballo de duración determinada, que figura no anexo á Directiva 1999/70, en relación co principio de efectividade, debe interpretarse no

regap



NOTAS

*sentido de que se opón a normas procesuais nacionais que obrigan o traballador con contrato de duración determinada a exercer unha nova acción para que se determine a sanción apropiada cando unha autoridade xudicial declarou a existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, na medida en que delas derivan para o dito traballador inconvenientes procesuais en forma, en particular, de custos, de duración e de normativa de representación procesual que poden facer excesivamente difícil o exercicio dos dereitos que lle confire o ordenamento xurídico da Unión.*

*Con iso trata de saír ao paso o TXUE da utilización abusiva dos contratos de traballo de duración determinada ou nomeamentos temporais, resultando ilustrativo que un dos asuntos acumulados trata do caso dun arquitecto, primeiro contratado laboralmente e despois nomeado funcionario interino durante máis de quince anos por un Concello (caso Juan Carlos Castrejana López fronte ao Concello de Vitoria), sendo o motivo expresado para o cesamento que o programa se executara na súa totalidade e que o contexto de crise impuña a redución de gastos, aclarando que lle corresponde ao xuíz nacional comprobar se se produciu o dito abuso. (...).*

*Á luz da normativa anteriormente mencionada e xurisprudencia comunitaria, debe dilucidarse se o nomeamento sucesivo e encadeado do demandante desde xaneiro de 2008 ata maio de 2016 respondeu a necesidades temporais ou se, pola contra, tras a fachada do nomeamento como funcionario interino para a execución de programas, en realidade o actor cubriu necesidades permanentes e estruturais.*

*O certo é que tanto o contido do expediente como a proba documental evidenciaron que o señor xxxxxx non se limitou na oficina de rehabilitación a realizar os labores relativos ao programa para o que foi designado como funcionario interino en xaneiro de 2008 (...). É dicir, o recorrente estaba nomeado funcionario interino para a execución dun programa, e a partir de 2012 tamén realizaba tarefas doutros programas (...). O demandante non se limitou ás funcións que serían propias do programa para o que foi nomeado funcionario interino, mesmo tendo en conta as sucesivas prórrogas, senón que desenvolveu os labores propios dun auxiliar administrativo na oficina de rehabilitación, coas atribucións que ten permanentemente asignadas, polo que se utilizou abusivamente a figura do nomeamento interino, con encadeamentos sucesivos que veñen entrañar as fraudes a cuxo paso trata de saír a xurisprudencia do TXUE.*

*É lóxico que o actor non impugnase ningún dos nomeamentos e prórrogas sucesivos, pois, en definitiva, permitíanlle seguir prestando os seus servizos para o Concello, ademais de que o encadeamento fraudulento de nomeamentos se comproba unha vez que, á vez que se realizan os labores propios do programa que motivou o inicial nomeamento, se levan a cabo labores ordinarios e permanentes dun auxiliar administrativo. Iso á parte de que xa vimos que o pronunciamento segundo da Sentenza do 14 de setembro de 2016 do TXUE declara que deben tratar de evitarse os obstáculos procesuais que dificulten a efectividade da sanción apropiada tras a apreciación da existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ou nomeamentos temporais, como o que agora se examina (...).*

*O incumprimento polo Concello de Santiago de Compostela da normativa de aplicación produciuse nunha dobre vertente, en primeiro lugar no carácter das funcións desenvolvidas polo funcionario interino, que o foron de carácter permanente, e en segundo lugar na nota da temporalidade do programa ao abeiro do cal se produciu o seu nomeamento, ao ser*

*nomeado para a execución dun programa que carecería dunha temporalidade predefinida, prolongándose a situación irregular durante máis de oito anos (...). A consecuencia indeclinable da apreciación da fraude no encadeamento de nomeamentos sucesivos debe ser o reintegro do recorrente á praza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero non pode mudarse o nomeamento polo de praza vacante da letra a) do artigo 10.1 do Real decreto legislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do empregado público (que derogou a Lei 7/2007), porque non existe tal praza vacante. En canto aos efectos económicos, debido a que desde o 30 de maio de 2016 ata que se produza o reintegro efectivo o recorrente non desempeñou o traballo, convén aclarar que tales efectos non poden consistir na totalidade dos emolumentos que tería que percibir, pois, ben que a determinación ha de efectuarse na fase de execución, cómpre ter en conta as sumas que puidese obter o señor Ezequiel neste tempo, desde o cesamento ata a reincorporación».*

O TS, nos seus autos do 30 de maio, 12 e 13 de xuño de 2017 (núms. 785/2017, 732/2017 e 1305/2017) admitiu a trámite varios recursos de casación cuxo obxecto precisamente é o de determinar se procede ou non aplicar analoxicamente a estas situacións administrativas as mesmas medidas adoptadas “pola xurisprudencia da orde social” (figura do *indeterino*), e se «o afectado pola utilización abusiva dos nomeamentos temporais ten ou non dereito a indemnización, por que concepto e en que momento».

regap



NOTAS

## 5.2 Os funcionarios interinos carecen de dereito indemnizatorio polo seu cesamento en legal forma. Inaplicabilidade do precedente da Sentenza do TXUE “De Diego Porras” ás relacións funcionariais

No noso dereito administrativo dispónse expresamente que «O cesamento do persoal funcionario interino non dá lugar a indemnización» (artigo 24.3 Lei 2/2015, do emprego público de Galicia). O demandante (funcionario interino cesado sen indemnización) pretendía que, por aplicación do efecto directo e útil da cláusula 4.ª da Directiva 1999/70/CE, do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP, sobre o traballo de duración determinada, se lle recoñecese o mesmo dereito indemnizatorio que o establecido para a extinción por causas obxectivas dos contratos dos traballadores fixos no artigo 53.1.b) do Estatuto dos traballadores (20 días por ano de servizo), conforme o criterio do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) na súa polémica sentenza do 14 de setembro de 2016 ditada no asunto C-596/14 “De Diego Porras”. O TSXG (Secc. 1.ª), na súa Sentenza do 15 de novembro de 2017 (Rec. 293/2017, relator: López González), desestimou a reclamación co argumento de que:

*«(...) aínda que aos funcionarios interinos se lles debe aplicar o mesmo réxime que aos funcionarios de carreira, non procede, en cambio, establecer tal asimilación respecto do persoal laboral. Certo é que o traballo de todos eles é semellante e que, sobre tal aserto, podería postularse unha igualdade de trato; pero non o é menos que o ordenamento xurídico vixente só prevé esa equiparación entre os funcionarios interinos e os de carreira, e para estes últimos non se prevé ningún tipo de indemnización por razón de cesamento na súa función».*

### 5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fóra do seu horario laboral unha actividade docente sen autorización previa de compatibilidade

A Sentenza do TSXG (Secc. 1.ª) do 18 de outubro de 2017 (relator: Rivera Frade, Rec. 106/2017) desestimou o recurso interposto por un funcionario contra a sanción de tres meses de suspensión de emprego e soldo que se lle impuxo pola comisión da infracción moi grave tipificada no artigo 95.2 do texto refundido do Estatuto básico do empregado público, por desenvolver unha actividade docente fóra do seu horario laboral sen autorización previa de compatibilidade. Afirmase na sentenza que:

*«(...) o Sr. xxxxxxx, funcionario de carreira do corpo xeral administrativo, subgrupo C1 destinado na Xefatura Provincial de Tráfico de Lugo, veu realizando unha segunda actividade exercendo como profesor asociado na Escola Universitaria de Relacións Laborais de Lugo, cuxo titular é a Fundación Campus Universitario de Lugo, durante o segundo cuadrimestre dos cursos académicos 2014/2015 e 2015/2016, sen ter solicitado e consecuentemente sen ter obtido o preceptivo recoñecemento de compatibilidade. E así mesmo queda acreditado que o Sr. xxxxxxx percibe un complemento específico cuxa contía supera o 30% das súas retribucións básicas, excluídos os conceptos que teñen a súa orixe na antigüidade, polo que non cumpre o requisito exixido no artigo 16.4 da Lei 53/1984, do 26 de decembro, para obter a autorización de compatibilidade, salvo que solicitase e se lle recoñecese a redución de contía de complemento específico (...).*

*O que lle reprocha a Administración no acordo sancionador é a ausencia da preceptiva autorización administrativa, que exige tanto o artigo 14 da Lei 53/1984 como o artigo 8 do regulamento de desenvolvemento. Para que este reproche sancionador se considere conforme a dereito, non é necesario que a Administración explique en que medida o labor docente desenvolvido comprometeu a imparcialidade e o interese público. Tampouco é relevante que nos últimos anos o actor estivese suspendido de feito das funcións inherentes ao seu posto de traballo na Xefatura Provincial de Tráfico. O relevante para os efectos de entender cometida a infracción imputada e pola que o Sr. xxxxxx foi sancionado é que desenvolveu unha actividade privada sen ter recoñecida a compatibilidade, pois nin sequera chegou a solicitala. Consta que no ano 2004 presentou unha solicitude de compatibilidade, pero tamén que acabou desistindo dela, sen que volvese presentar outra en momento posterior.*

*O centro en que desenvolveu a actividade privada trátase dunha fundación benéfico-privada de interese galego, titular da Escola de Relacións Laborais de Lugo, cuxa titulación está adscrita á Universidade de Santiago de Compostela. Pero a natureza privada da entidade titular do centro universitario en que desenvolveu o seu labor docente carece de relevancia para os efectos de entender cometida a infracción. No título de imputación xa figuran como elementos integrantes da conduta pola que foi sancionado a existencia dunha segunda actividade laboral privada respecto á principal desempeñada para a Dirección Xeral de Tráfico, incumprindo o actor coa obriga de obter o recoñecemento de compatibilidade para o exercicio da dita actividade, que ademais non podería obter, pois na súa actividade pública desempeña un posto de traballo polo que percibe un complemento específico que supera a porcentaxe establecida no apartado 4 do artigo 16 da Lei 53/1984, extremo que non cuestiona na súa demanda. Para os efectos de entendelo incurso na infracción administrativa pola que foi sancionado, carece de relevancia a carga docente que tiña que soportar, ou o feito de que as súas retribucións fosen máis ou menos cuantiosas, ou a finalidade que pretendía conseguir*

coa dita ocupación. A cualificación da conduta como infractora atende á concorrencia de datos obxectivos que neste caso concorren, como é que desenvolveu unha actividade privada sen ter obtido autorización para iso.

O feito de que a Administración coñecese desde o ano 2004 que o actor estivo a prestar servizos como docente na Escola de Relacións Laborais de Lugo, pois fixo valer o seu historial docente no concurso específico para examinador-coordinador da XPT de Lugo, non desvirtúa o carácter infractor do seu comportamento. Non consta que a dita circunstancia fose valorada como mérito. E, para o caso de que así fose, non eliminaba a existencia de pedir autorización para o desempeño, anos despois, dunha actividade docente privada.

Polo demais, non se aprecia relación entre a incoación do expediente en que recaeu a sanción obxecto de recurso (incoado no mes de outubro de 2016) –e recordemos que o foi por non ter pedido autorización de compatibilidade coa actividade docente desenvolvida nos cursos académicos 2014/2015 e 2015/2016–, coa declaración como testemuña oito anos antes, nin co acoso laboral do que di ter sido obxecto a partir dese ano. A sucesión cronolóxica dos feitos relatados na súa demanda permite descartar un ánimo de represalia na incoación do procedemento sancionador e na sanción finalmente imposta.

Por último, e en canto á sanción, tendo en conta que, conforme o disposto no artigo 96 c) do TREBEP, “Por razón das faltas cometidas poderán imporse as seguintes sancións: c) Suspensión firme de funcións, ou de emprego e soldo no caso do persoal laboral, cunha duración máxima de 6 anos”, a sanción de suspensión de funcións durante un total de tres meses non se entende desproporcionada, ao terse prolongado a actuación infractora durante dous cuatrimestres, un por cada ano académico».

Regap



NOTAS

#### 5.4 Aptitude dos enxeñeiros de camiños para desempeñaren xefaturas de servizo da Xunta de Galicia relacionadas co urbanismo e o medio ambiente. Improcedencia de reservar as ditas xefaturas exclusivamente a arquitectos

Na súa Sentenza do 4 de outubro de 2017 (Rec. 178/2014, relator: López González) o TSXG estimou o recurso promovido polo Colexio de Enxeñeiros de Camiños, Canles e Portos de Galicia, anulando en parte a relación de postos de traballo da Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas, xa que reservaban varias xefaturas de servizo exclusivamente para arquitectos, con exclusión dos enxeñeiros. Considerou o tribunal que:

«(...) non se achegan outros extremos xustificativos que os referidos ás facultades de autoorganización que á Administración lle competen na materia, incidindo en que, aínda que se produciron algúns leves retoques, no substancial que aquí interesa mantívose, respecto aos ditos postos, o previsto na RPT de 2011. Tal argumentación resulta evidentemente insuficiente se temos en conta, dunha parte, que as funcións que se indican respecto dos repetidos postos son perfectamente asumibles polos enxeñeiros de camiños, canles e portos, que contan entre as especialidades propias da carreira a de Urbanismo, estando plenamente capacitados para o desenvolvemento das funcións relativas a ordenación do territorio e urbanismo, materias para as que os enxeñeiros de camiños, canles e portos reúnen similar idoneidade que os arquitectos superiores.

*Consecuentemente, partindo da base de que a reserva dun posto para os que posúan unha titulación concreta só é admisible cando a súa necesidade se deduza obxectivamente da índole das funcións a desempeñar ou da aplicación da normativa ou regulamentación a ter en conta e que, no caso concreto que se analiza, tal pretendida necesidade está contradita non só pola normativa xeral e aqueloutras referidas ao contido dos estudos e especialidades da titulación de Enxeñeiro de Camiños, Canles e Portos, senón tamén, e entre outras posibles, polo mesmo artigo 84 da Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, na redacción e coas modificacións introducidas nela pola Lei 15/2004, do 29 de decembro, que no seu punto 2 literalmente establece que “a redacción do proxecto do plan xeral –de urbanismo, enténdese, por referencia ao momento 1– deberá realizala un equipo multidisciplinario formado por un mínimo de tres especialistas con titulación universitaria de segundo ou terceiro ciclo, dos que polo menos un deles terá que ser arquitecto ou enxeñeiro de camiños, canles e portos”, extremo do que se deduce que en materia de urbanismo e ordenación do territorio é equiparable a idoneidade de arquitectos superiores e enxeñeiros superiores da rama que se di, polo que se evidencia, e se segue de todo iso, que a exclusividade establecida a favor dos arquitectos superiores nos citados postos de traballo da RPT aprobada non conta co apoio necesario e suficiente para oporse con éxito á impugnación articulada pola parte demandante».*

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Medidas cautelares. Ponderación dos intereses en conflito.

#### Prevalencia dos vinculados á protección do medio ambiente sobre os económicos do promotor dunha actividade industrial

Na Sentenza do TS (Secc. 5.<sup>a</sup>) do 18 de xullo de 2017 (Rec. 2559/2016, relator: Fernández Valverde) confirmouse a desestimación da medida cautelar solicitada polo titular dunha fábrica de fariñas e aceites de peixes no recurso contencioso-administrativo que interpuxo contra unha resolución da Xunta de Galicia que revisou de oficio e declarou a nulidade da renovación da autorización ambiental integrada previamente concedida á dita industria. A fábrica sitúase no espazo natural protexido Enseada de San Simón, incluído na lista galega de Lugares de Importancia Comunitaria da Rede Europea Natura 2000, e declarado zona de especial protección dos valores naturais. Afirmo o alto tribunal o seguinte nesta sentenza:

*«A recorrente insiste na ausencia de toma en consideración pola sentenza de instancia do carácter irreparable dos prexuízos que se lle producirían á recorrente de non poder continuar coa súa actividade, non tendo, pois, en conta o mandato do periculum in mora, logo da valoración das circunstancias de intereses en conflito, xa que se produciría unha situación irreversible con parada da actividade, peche da industria e desaparición da entidade mercantil, que contaba con licenza pero que a Administración procedeu á súa revisión de oficio, sendo esta unha situación diferente da da industria que non contaba con tal licenza ou autorización. O certo, non obstante, é que a sala de instancia tomou en consideración os intereses ambientais en xogo, dándolles a estes un carácter prevalente, como xa expuxemos.*

*Desde outra perspectiva –a ambiental–, cómpre lembrar que a protección ambiental se nos presenta hoxe –no marco da ampla, recente e variada normativa sobre a materia, en boa*

*medida froito da transposición das normas da Unión Europea– como un reto certamente significativo e como un dos aspectos máis sensibles e prioritarios da expresada e novidosa normativa. Xa no apartado I da exposición de motivos da Lei 8/2007, do 28 de maio, de solo (texto refundido desta aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño), se apelaba no marco da Constitución española –para xustificar o novo contido e dimensión legal– ao “bloque normativo ambiental formado polos seus artigos 45 a 47”, de onde deduce “que as diversas competencias concorrentes na materia deben contribuír de xeito leal á política de utilización racional dos recursos naturais e culturais, en particular o territorio, o solo e o patrimonio urbano e arquitectónico, que son o soporte, obxecto e escenario daquelas ao servizo da calidade de vida”.*

*Pois ben, desde tal consideración, e tendo en conta o principio de desenvolvemento territorial e urbano sustentable (artigo 2 do citado texto refundido), os novos dereitos dos cidadáns na materia (artigo 4) e os deberes destes (artigo 5), o actual contido do dereito de propiedade (artigo 9), así como o réxime de utilización do solo rural (artigo 13), debemos chegar á conclusión de que actuacións como a de autos –desde a perspectiva cautelar desde a que agora a analizamos– supoñen unha “perturbación grave dos intereses xerais” e, en consecuencia, xustifican plenamente a denegación da medida cautelar pretendida. É, sen dúbida, a expresada proxección normativa a que nos move a tal consideración, nun suposto como o de autos –recordamos– en que a autorización ambiental integrada coa que contaba a industria foi anulada pola STSX de Galicia do 15 de decembro de 2011».*

Regap



NOTAS

## 6.2 Responsabilidade patrimonial por deficiente prestación sanitaria dunha mutua de accidentes de traballo e enfermidades profesionais: competencia da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza

O TS (Sala de Conflitos), no seu Auto do 26 de setembro de 2017 (Rec. 10/2017, relator: Martínez Micó), resolveu o conflito negativo de competencia suscitado entre a Sala do Contencioso-Administrativo e a do Social do TSXG sobre unha reclamación de responsabilidade patrimonial por deficiente prestación sanitaria dirixida por un traballador fronte á mutua FREMAP. O Tribunal Supremo conclúe que lle corresponde o coñecemento do asunto, en primeira e única instancia, á Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, porque:

*«(...) como consecuencia da plena identificación das mutuas como “parte do sector público estatal de carácter administrativo”, o réxime de reclamación xudicial de indemnizacións en concepto de responsabilidade patrimonial por prestacións defectuosas das entidades colaboradoras da Seguridade Social vén dado pola remisión que o artigo 68.4 (hoxe 99.2) do TRLXSS –que neste caso si estaba vixente cando se iniciou este procedemento– realiza á Lei reguladora da xurisdición social, sendo obvio que tal remisión inclúe o artigo 3 g) da dita norma procesual, cuxa forza excluínte abrangue, sen ningunha dúbida, “as reclamacións sobre responsabilidade patrimonial (...) das demais entidades, servizos e organismos do Sistema Nacional de Saúde”, no que claramente se inclúen para estes efectos as referidas mutuas. (...) Tal precepto prevé que “As reclamacións que teñan por obxecto prestacións e servizos da Seguridade Social obxecto da colaboración na súa xestión ou que teñan o seu fundamento nestas, incluídas as de carácter indemnizatorio, se substanciarán ante a orde xurisdiccional social, de conformidade co establecido na Lei 36/2011, do 10 de outubro,*

*reguladora da xurisdición social". Pero o inciso en cuestión –“incluídas as de carácter indemnizatorio”– non pode, como ben di o auto da Sala do Social de Galicia do 28 de marzo de 2017, interpretarse no sentido de entender que se produciu unha modificación legislativa froito da cal a orde social sería competente en accións de responsabilidade de danos e perdas por deficiente prestación de asistencia sanitaria por unha mutua, e iso, ademais de polo xa exposto, en esencia porque tal inciso se refire ás prestacións da Seguridade Social de carácter indemnizatorio que poidan ser a cargo dunha mutua, como sería o caso, por exemplo, das indemnizacións prestacionais previstas para a incapacidade permanente parcial ou por unhas lesións permanentes non invalidantes nos termos recollidos no texto refundido da LXSS. O propio artigo 68.4 da LXSS remite á LRXS –“de conformidade co establecido en...”– e, como vimos, a LRXS exclúe no artigo 3 da orde xurisdiccional social accións como a que nos ocupa. En definitiva, que tal inciso do artigo 68.4 da LXSS non está referido ás indemnizacións de danos e perdas por deficiente asistencia sanitaria prestada por unha mutua –que están excluídas da orde xurisdiccional social, segundo o máis arriba exposto–, senón, unicamente, ás prestacións de Seguridade Social que consisten nunha indemnización.*

*Resulta esclarecedora, ademais, a observación que realiza a Sala do Social do TSX de Galicia no sentido de descartar calquera posible antinomia entre, dun lado, o conxunto normativo que forman o citado artigo 3.g) da LXS, a DA 12 da (hoxe derogada) Lei 30/92, o artigo 2.e) da LXCA, e o artigo 9.4 da LOPX, todos eles coincidentes na atribución deste tipo de litixios (en materia de responsabilidade patrimonial por danos e perdas derivados dunha prestación defectuosa) á xurisdición contencioso-administrativa, e, doutro lado, a referencia ás reclamacións “de carácter indemnizatorio” que contiña o artigo 68.4 do TRLXSS de 1994, xa que estas últimas deben entenderse referidas –como apunta o tribunal– ás prestacións e servizos, precisamente, de carácter indemnizatorio que teñen ao seu cargo –no marco da súa colaboración coa Seguridade Social e por tanto da súa propia actividade ordinaria– estas mutuas, mentres que a responsabilidade patrimonial derivada precisamente do carácter defectuoso ou disfuncional desa actividade non constitúe obviamente prestacións indemnizatorias, ou, se se quere, indemnizacións cun fundamento prestacional, que é o que describe a norma, senón que se trata de meras reclamacións de responsabilidade obxectiva por mal funcionamento dunha entidade que para estes efectos a lei considera “de carácter administrativo” e “integrada no sector público estatal”.*

*E finalmente está claro que o artigo 2.r) LXS, que tamén invocaba a Sala do Contencioso-Administrativo do TSX galego no seu auto do 10 de xullo de 2015 para excluir a competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa, non é aplicable ao caso, xa que nin as mutuas colaboradoras da Seguridade Social, como FREMAP, son fundacións laborais, nin os seus asociados son os traballadores que os empresarios asociados a elas aseguran, o que comporta a existencia dun preito entre o asegurado e a aseguradora, suposto distinto do que poida existir entre a aseguradora e o empresario mutualista desta que asegurou con ela o seu empregado».*

### 6.3 Reclamación contra o Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos construtivos en vivendas de protección. Competencia da xurisdición civil

O TSXG (Secc. 2.<sup>a</sup>), na súa Sentenza do 26 de outubro de 2017 (Rec. 4321/2017, relator: Recio González), confirmou en apelación o auto que inadmitiu, por falta de xurisdición



contencioso-administrativa, a reclamación indemnizatoria formulada por adquirentes de vivenda protexida fronte ao IGVS, a construtora, o arquitecto e o aparelador, por defectos construtivos. Afírmase na sentenza o seguinte:

«(...) É un proceso por vicios ou defectos da construción, non por responsabilidade patrimonial da Administración. É unha cuestión contractual entre unha Administración e un particular, un contrato que se rexe polo dereito privado, aínda que haxa unha Administración polo medio. (...) O certo é que examinando as actuacións se verifica que se trata dunha reclamación por responsabilidade contractual dos artigos 1101 e 1591 do Código civil (...). Como se sinala no ATS, especial sección 42 do 19 de xuño de 2009, Sentenza: 67/2009, Recurso: 80/2008, e partindo de que as accións exercidas son as de responsabilidade contractual por defectos construtivos dos artigos 1.591 e 1.101 do Código civil, e no seu concepto de promotora-vendedora das construcións, o tema debe ser resolto non na perspectiva da responsabilidade patrimonial da Administración pública, senón desde a óptica da responsabilidade contractual da Administración pública (...). E partindo de que a normativa aplicable é a contractual, hai que entender que os contratos de execución de obra e de compravenda de vivenda son contratos privados e que as reclamacións formuladas son alleas á cualificación de “actos separables”, polo que a competencia para coñecer das pretensións da comunidade accionante lles corresponde aos tribunais da orde xurisdiccional civil, ao que non obsta a natureza xurídica do IGVS porque se en todo contrato administrativo ha de ser unha das partes unha Administración pública, non todos os contratos que asina unha Administración pública son administrativos (...). Así, no ATS, especial sección 42 do 18 de decembro de 2009, Sentenza: 74/2009, Recurso: 19/2009, dise o seguinte: “Con carácter previo debe resaltarse que o obxecto do proceso vén configurado no aspecto obxectivo pola causa petendi e o petitum da demanda, que, no caso, se concreta nunha reclamación contractual derivada de contrato de compravenda, acumulándose ás accións de cumprimento de varios contratos a de responsabilidade por vicios ruinóxenos do artigo 1.591. A anterior apreciación é importante para os efectos de determinar a competencia xurisdiccional, porque exclúe a aplicación da normativa procesual relativa á responsabilidade patrimonial stricto sensu das administracións públicas, respecto da que rexe un criterio amplo para a atribución da competencia xurisdiccional aos tribunais da orde contencioso-administrativa, e centra a cuestión no ámbito da responsabilidade contractual, respecto da que, para determinar o sector xurisdiccional competente, xa non é decisiva a condición de Administración pública da entidade demandada, senón o carácter administrativo, privado ou mixto do contrato e, se é o caso, a faceta do contrato en que se orixina a controversia (artigos 5 e ss. TRLCAP, RD legislativo 2/2000, do 16 de xuño; Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público). Por iso, cando se pretende a responsabilidade contractual dunha entidade pública, non é definitiva esta condición para declarar a competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa, pois non é aplicable o artigo 2.e) LXCA, senón o 2.b), o cal ha de complementarse coa Lei de contratos das administracións públicas. As accións exercidas na demanda formulada pola comunidade de propietarios refírense aos contratos de compravenda asinados polo Instituto Galego da Vivenda e Solo con cada un dos adquirentes dos predios que integran o edificio. Trátase de contratos privados e acciónase por cuestións eminentemente civís, sen que caiba confundir os ditos contratos co de adquisición –promoción– do edificio polo IGVS».

Regap



NOTAS

## 7 Tributos

### 7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos (plusvalía)

O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 59/2017, do 11 de maio (BOE 15/06/2017), declarou a nulidade da regulación do imposto sobre o incremento de valor dos terreos –IIVT– (plusvalía) establecida nos artigos 107.1, 107.2.a) e 110.4 do texto refundido da Lei reguladora das facendas locais aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo (LFL), «*na medida en que someten a tributación situacións de inexistencia de incrementos de valor*».

O TSXG (Secc. 4.<sup>a</sup>), na súa Sentenza do 14 de xullo de 2017 (Rec. 15002/2017, relator: Fernández Leiceaga), interpretou os efectos da dita declaración de nulidade concluíndo que só afecta ás autoliquidacións ou liquidacións do imposto impugnadas se o suxeito pasivo que solicita a devolución de ingresos indebidos xustifica que entre as dúas transmisións do inmovible se produciu unha diminución do seu valor. Para iso, o Tribunal Superior toma como referencia o valor declarado nas escrituras públicas de transmisión do ben (compravenda, doazón, etc.). No suposto analizado na sentenza, o suxeito pasivo adquirira en 2009 un inmovible por doazón con valor escriturado de 240.000 euros e vendeuno en 2013 por 200.000 euros. A sala anulou a liquidación incidindo en que:

*«(...) cando a diferenza entre o valor inicial de adquisición e o valor de transmisión é negativa (sen matizacións), non é posible –coa configuración do imposto tal como resulta do actual texto legal co pronunciamento do TC– xirar o IVTNU, o que implica que estimemos o recurso, anulando o artigo 6.1 da ordenanza na medida en que someta a tributación situación en que non existe incremento de valor... Todo iso sen prexuízo da solución que ás operacións xa realizadas lle outorgue o lexislador (quen parece optar por unha nova configuración do imposto)».*

Ademais diso, o TSXG considerou na dita sentenza que nestes supostos se produce, implicitamente, unha “impugnación indirecta” da ordenanza fiscal municipal reguladora do imposto, polo que fronte á sentenza de instancia sempre caberá recurso de apelación con independencia da contía do proceso (artigo 81.2.d) Lei 29/1998 –LXCA–).

Por outra parte, o TS (S.<sup>a</sup> 3.<sup>a</sup>), mediante senllos autos do 11 de decembro de 2017 (recs. 4980/2017 e 4983/2017), admitiu a trámite dous recursos de casación contra sentenzas do Xulgado Contencioso-Administrativo núm. 2 da Coruña co obxecto de:

*«Determinar se, para garantir a seguridade xurídica (artigo 9.3 da Constitución), a igualdade na aplicación da lei (artigo 14 da Constitución) e o respecto da reserva de lei en materia tributaria (artigos 31.3 e 133.1 e 2 da Constitución), a inconstitucionalidade dos artigos 107.1, 107.2 a) e 110.4 do texto refundido da Lei de facendas locais, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, declarada na Sentenza do Tribunal Constitucional 59/2017, do 11 de maio, obriga en todo caso á anulación das liquidacións e ao recoñecemento do dereito á devolución de ingresos indebidos nas solicitudes de rectificación de autoliquidacións polo imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana, sen entrar a valorar a existencia ou non en cada caso dunha situación inexpresiva de capacidade económica, como defende o xulgador de instancia».*

## 7.2 Excepcionalidade da notificación de liquidacións mediante publicación por edictos. Debe investigarse o domicilio actual do suxeito pasivo para practicar a notificación persoal

A Sentenza do TSXG do 14 de xullo de 2017 (relator: Gómez y Díaz-Castroverde, Rec. 15481/2016) anulou a providencia de constrinximento impugnada porque a liquidación do imposto de sucesións que lle deu causa non lle foi notificada persoalmente ao interesado senón mediante publicación de edictos, sen terse realizado unha mínima investigación sobre o seu domicilio actual. Afirma o tribunal que:

«(...) No que á notificación da liquidación se refire, como esta sala fixo notar noutras ocasións en materia de notificacións, debe extremarse a actividade da Administración para obter a notificación persoal da resolución ditada evitando manter o procedemento na súa estrita vertente formal, o que foi xa noutras ocasións rexeitado polo Tribunal Constitucional, entre outras, na STC, Sala 1.ª, do 25/2/2008, cuxos termos, no que resulta de interese a este caso, son os seguintes: "... Agora ben, unha vez frustradas as posibilidades de notificación persoal á entidade recorrente por ser ignorado o seu paradiro nese domicilio, a Administración sancionadora non podía limitarse a proceder á notificación mediante edicto sen despreñar unha mínima actividade indagatoria en oficinas e rexistros públicos para intentar determinar un domicilio de notificacións alternativo en que puidese ser notificada persoalmente. Iso teríaa levado, sen maior esforzo, a unha correcta determinación do domicilio social da recorrente, tal como se verifica coa aparente normalidade con que en vía de execución se accedeu aos ditos datos para a notificación da providencia de constrinximento". Doutrina a anterior que, mesmo referida a unha persoa xurídica, é igualmente aplicable ás persoas físicas, por converxencia do precitado artigo 167.3, c) LXT e dos dereitos de defensa do recorrente (artigo 24.1 CE). (...) O denominador común en todas estas sentenzas é o do carácter subsidiario e excepcional da notificación mediante edicto, o que remarca a Sentenza desta sala e sección do 20 de abril de 2007 (RX 2007, 4296) (...).

E esta postura, cando non se trata de notificacións en que o destinatario se atopa ausente, senón que é descoñecido no domicilio, debe extremarse ata o punto de exixir algunha indagación deste antes de recorrer á publicación en edicto. Certo é que neste caso é o contribuínte quen facilitou un domicilio en que logo resulta descoñecido; pero tamén o é que entre a data de presentación da autoliquidación e a data en que se notifica o trámite de audiencia transcorreu xa un amplo período de case dous anos e medio, circunstancia temporal esta que aconsellaba aquela indagación, se non a facía imprescindible. E máis aínda se se repara en que no expediente constaba o domicilio do presentador do documento e nas bases de datos da AEAT o domicilio fiscal do recorrente, no que logo se notifica a providencia de constrinximento. E, malia ser certo que o TEAR argumenta en relación coa obriga de notificar o cambio do domicilio, tal obriga ensombrécese ante os medios da Administración para descubrir domicilios alternativos e o tempo que media entre a presentación da documentación e o inicio de actuacións.

Procede, en consecuencia, a estimación do recurso, sen que proceda acoller a prescrición alegada, de conformidade co antes exposto, nin tampouco a petición subsidiaria de anulación da liquidación principal, por non ser este o momento de resolver sobre tal petición, debendo limitarse a estimación de recurso á anulación da providencia de constrinximento, sen

regap



NOTAS

*prexuízo de que poida agora impugnarse a liquidación mediante o medio que o recorrente considere oportuno, no prazo dun mes a partir do seguinte á notificación desta sentenza».*

### 7.3 Imposto de bens inmoables (IBI). As academias de policía non se benefician da exención correspondente a centros públicos de ensino

O TSXG, na súa Sentenza do 15 de novembro de 2017 (Rec. 15023/2017), revogou a de instancia e desestimou o recurso contencioso-administrativo promovido pola Xunta de Galicia contra a liquidación do IBI enviada á Academia Galega de Seguridade Pública –AGASP–, situada na Estrada, tras concluír que:

*«Dispón o artigo 62 do Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, polo que ao IBI se refire, o seguinte: “1. Estarán exentos os seguintes inmoables: a) Os que sexan propiedade do Estado, das comunidades autónomas ou das entidades locais que estean directamente afectos á seguridade cidadá e aos servizos educativos e penitenciarios, así como os do Estado afectos á defensa nacional”. Condiciona o precepto a exención ao cumprimento dun dobre requisito: o de carácter subxectivo, en relación coa titularidade de bens do Estado, comunidades autónomas ou entidades locais e, outro de tipo obxectivo, consistente na afectación directa á seguridade cidadá, aos servizos educativos e penitenciarios, así como os do Estado afectos á defensa nacional (...).*

*Aínda que o artigo 3.2 da LOE dispón que “as ensinanzas que ofrece o sistema educativo son as seguintes: e) Formación profesional”, non obstante o artigo 39 establece que unicamente a formación profesional inicial forma parte do sistema educativo, pero non as accións de inserción e reinserción laboral dos traballadores, nin as orientadas á formación continua nas empresas que permitan a adquisición e actualización permanente das competencias profesionais.*

*(...) á marxe de que a AGASP, conforme o artigo 5 da Lei 1/2007, realiza outras funcións ademais das formativas, as desta natureza non se integran no sistema educativo da LOE».*

### 7.4 Cuantificación da taxa por ocupación do dominio público a operadoras de telecomunicacións. Inaplicabilidade do tipo do 1,5 % dos ingresos de facturación establecido na lexislación de facendas locais

A Sentenza do 11 de outubro de 2017 do TSXG (Secc. 4.<sup>a</sup>, relator: Fernández Leiceaga) ratificou a liquidación da taxa enviada polo Concello da Coruña a unha operadora de telecomunicacións por ocupación do dominio público, coa seguinte fundamentación:

*«(...) A STXUE do 12 de xullo de 2012 respondeu en sentido afirmativo sobre a eficacia directa do artigo 13 da Directiva 2002/20, que debe ser entendido no sentido de que se opón á aplicación a un canon por dereitos de instalación de recursos nunha propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta, aos operadores que, sen seren propietarios dos devanditos recursos, os utilizan para prestar o servizo de telefonía. E, á vista da resposta dada a esta cuestión, resultaba innecesario responder á suscitada sobre a cuantificación da taxa.*

*Desde a devandita sentenza do TXUE, a doutrina desta sala é a seguinte:*

1.º) *En relación co feito impoñible permítese exclusivamente a imposición de canons ou taxas polos dereitos de uso de radiofrecuencias (taxa por espectro electrónico); dereitos de uso de numeración (taxas por numeración); e dereitos de instalación de recursos en propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta (taxa por ocupación ou aproveitamento especial do dominio público local).*

2.º) *En canto á transcendencia da titularidade da rede ou recursos instalados no dominio público local, seguindo neste punto a doutrina do TXUE:*

- *O artigo 13 da directiva de autorización non permite incluír nos canons ou taxas os operadores que, sen seren propietarios dos recursos instalados no dominio público, utilicen os recursos instalados doutras operadoras.*

- *A directiva non define nin o concepto de instalación, de recursos nunha propiedade pública ou privada ou por encima ou por baixo desta, nin o obrigado ao pago do canon devindicado polos dereitos correspondentes á instalación. Con todo, do artigo 11.1 da directiva marco pode deducirse que se refire á empresa ou operadora habilitada para instalar os recursos necesarios no solo, subsolo ou o espazo situado por encima do solo; e os termos recursos e instalacións remiten ás infraestruturas físicas que permiten a comunicación electrónica e á súa colocación física na propiedade pública ou privada.*

3.º) *En canto á cuantificación da taxa, este tribunal, de maneira reiterada e en aplicación da doutrina contida nas mencionadas conclusións da avogada xeral cando non é compatible cos seguintes requisitos:*

- *Transparencia, para cuxo efecto, este tribunal sinala que as ordenanzas reguladoras cumpren con este requisito se resulta adecuado e coas garantías suficientes o procedemento normativo de aprobación e a publicidade.*

*Agora ben, poden xurdir problemas cando as regras ou a fórmula de cálculo non gardan relación co valor real do aproveitamento.*

*Para estes efectos, non resulta transparente o método de cálculo se os informes económicos non incorporan criterios de cálculo que se correspondan cos valores de mercado da propiedade ou da utilidade obtida pola súa utilización, resultando difícil interpretar a necesaria conexión.*

- *Obxectividade ou xustificación obxectiva, exigencia que non se dá cando o importe do canon ou a taxa non garda relación coa intensidade do uso do recurso escaso e o valor presente e futuro do devandito uso. E este requisito non se cumpre cando a contía da taxa vén determinada polos ingresos brutos obtidos por unha compañía ou polo seu volume de negocio.*

- *Proporcionalidade, requisito que non concorre na cuantificación que utiliza parámetros que presenta un importe que vai máis aló do necesario para garantir o uso óptimo de recursos escasos. Isto é, a contía debe gardar unha relación de proporcionalidade cos usos ou utilización do dominio público polos operadores de telefonía.*

- *Non discriminación, exigencia que se infrinxe cando o gravame resulta superior para un operador con respecto a outro ou outros se o uso ou a utilización do dominio público por un e outros é equiparable.*

Regap



NOTAS

(...) O TRLFL tampouco impón un determinado método para o cálculo do importe da taxa de que se trata, polo que as corporacións locais poden establecer diferentes fórmulas sempre que se respecten os límites derivados dos seus artigos 24 e 25.

É dicir, ha de terse en conta: 1.º) que non resulta aplicable o réxime especial de cuantificación do artigo 24.1.c) aos servizos de telefonía móbil; 2.º) que ha de atenderse á regra xeral do artigo 24.1.a) que impón que se tome como valor de referencia o valor que tería no mercado a utilidade derivada da utilización ou aproveitamento, se os bens afectados fosen de dominio público –“para tal fin, as ordenanzas fiscais poderán sinalar en cada caso, atendendo á natureza específica da utilización privativa ou do aproveitamento especial de que se trate, os criterios e parámetros que permitan definir o valor de mercado da utilidade derivada”–; 3.º) que para a determinación da contía das taxas poderán terse en conta criterios xenéricos de capacidade económica dos suxeitos obrigados a satisfacelas; e 4.º) que os respectivos acordos de establecementos de taxas pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público deben adoptarse á vista de informes técnico-económicos en que se poña de manifesto o devandito valor de mercado –informes que se incorporarán ao expediente de adopción do correspondente acordo.

O criterio desta sentenza é aplicable tamén para o caso do artigo 24.1.c no que afecta ás empresas de telefonía fixa e supón unha evidente matización da STS 16/02/2010 (por todas, sentenza Cilfit e outros, asunto 283/81, do 6 de outubro de 1982).

QUINTO.- Pois ben, nestes momentos, debemos partir da sentenza do Tribunal de Xustiza do 21 de xullo de 2011 (TXCE 2011, 230) que, no que agora interesa, se pronunciou nos seguintes termos (...):

35 Tendo en conta as anteriores consideracións, procede responder á cuestión exposta que o artigo 6 da Directiva 97/13 debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa dun Estado membro que lles impón aos titulares dunha autorización xeral unha taxa que se calcula con periodicidade anual sobre a base dos ingresos brutos de explotación dos operadores suxeitos a ela e que se destina a sufragar os gastos administrativos relacionados cos procedementos de expedición, xestión, control e execución das ditas autorizacións, sempre que o total dos ingresos obtidos polo Estado membro en virtude da dita taxa non exceda o total dos gastos administrativos mencionados, o que lle corresponde comprobar ao órgano xurisdiccional remitente.

Desta escolma de xurisprudencia resulta que o establecemento do 1,5% da facturación bruta como método de cuantificación da base impositiva da taxa non cumpre as exixencias de relación custo do servizo/taxa, ao non acreditar a debida correspondencia e proporcionalidade entre un e outro, o que implica que ratifiquemos a sentenza neste punto.

Outro dos atrancos suscitados polo letrado do Concello é á extensión da nulidade acordada –artigo 4-5 da ordenanza– polo xulgador de instancia; o que acontece é que a dita oposición non é correcta, dado que o xulgador de instancia non anula –carece de competencia para facelo o artigo 8.1 e 10.1.a LXCA– ningún artigo da ordenanza, limitándose a fundamentar a anulación das liquidacións na ilegalidade da ordenanza (artigo 26-27 LXCA). Ao respecto cómpre indicar que a ordenanza –neste aspecto– é unha reprodución do artigo 24.1.c RDL 2/2004, e a causa de nulidade non é a infracción da Constitución, senón da normativa europea, polo que propiamente non estaremos ante unha cuestión de ilegalidade; o tema

*de se é compatible co ordenamento comunitario, a dita cuestión debe resolvela o tribunal, de considerar que non existe compatibilidade non aplicando a normativa nacional –como correctamente realiza– sen precisar que eleve a cuestión á Sala do Contencioso do TSX de Galiza (por tratarse dunha ordenanza), dado que o artigo 27 está previsto para os supostos de ilegalidade, entendida ao confrontar a norma regulamentaria coa normativa nacional, e non cando a ilegalidade é por vulnerar normativa comunitaria. O dito implica que non proceda facer unha declaración expresa de nulidade dos artigos 4-5 da ordenanza».*

## 8 Turismo

### 8.1 Regulamento regulador dos apartamentos e vivendas turísticas en Galicia

O TSXG (Secc. 1.<sup>ª</sup>), na súa Sentenza do 15 de novembro de 2017 (Rec. 91/2017, relator: Díaz Casales), desestimou o recurso interposto pola Asociación de Vivendas Turísticas de Galicia contra o Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro, “polo que se establece a ordenación de apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico en Galicia” (DOG do 10/02/2017). Na sentenza cotéxase cada un dos preceptos impugnados co disposto ao respecto na Lei 7/2011, do 27 de outubro, de turismo de Galicia (modificada pola Lei 12/2014), concluíndose a súa total compatibilidade. Entre outros aspectos, declara conforme a dereito a limitación á posibilidade de cesión por cuartos da vivenda turística e a vivenda de uso turístico (artigos 4.2 e 5.1 do decreto); o establecemento dun réxime diferenciado en función de elementos temporais para as vivendas de uso turístico, en atención á súa reiteración ou a súa duración de 30 días (artigo 5.2); a existencia da declaración responsable previa (artigos 5.4 e 30.1); a posibilidade de restrinxir o número máximo de vivendas de uso turístico por parte dos concellos (artigo 5.6); a limitación do período de aloxamento continuado a 3 meses (artigo 9.1); os requisitos técnicos e os servizos mínimos impostos aos apartamentos e vivendas turísticas (artigos 15 e ss., artigos 23 e ss.), en especial que a vivenda non poida superar as 10 prazas ou a superficie mínima dos cuartos; os requisitos mínimos das vivendas de uso turístico (artigo 39); a existencia de cédula de habitabilidade, licenza de primeira ocupación ou certificado do APLU (artigo 41.2.e); e a posibilidade de prohibición da actividade pola ordenación de usos do sector ou os estatutos da comunidade de veciños (artigo 41.5).

regap



NOTAS

## 9 Universidades

### 9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo

O TSXG (Secc. 1.<sup>ª</sup>), nas súas sentenzas do 12 de xullo e 27 de setembro de 2017 (recs. 34/2017 e 14/2016, relator: Díaz Casales), clarificou o sentido do silencio administrativo producido nos procedementos de recoñecemento dos sexenios dos profesores universitarios tras as últimas reformas normativas. Concluíu que o silencio continúa sendo positivo, estimatorio da solicitude de recoñecemento do sexenio, coas seguintes consideracións:

*«(...) esta sala inclínase por entender que os efectos do silencio é positivo polos seguintes motivos: 1.º) a regra xeral ante a falta de resolución en prazo nos procedementos iniciados*

*por solicitude dos interesados é o silencio positivo, así resulta tanto do artigo 43 da LPAC como do vixente artigo 24 da Lei 39/2015 de procedemento administrativo común; 2.º) a excepcionalidade daquela regra exige que veña imposta por unha norma con rango de lei ou norma de dereito comunitario que estableza o contrario; 3.º) conforme os precedentes desta sala entendemos que a falta de resolución determina a estimación do silencio polo que a inclusión no anexo I do Real decreto lei 8/2011, do 1 de xullo, de medidas de apoio aos debedores hipotecarios, resultaba innecesaria e redundante, porque viña confirmar o criterio que se deducía con anterioridade das disposicións citadas; e, por último, 4.º) a supresión do referido anexo operada pola disposición final vixésima sexta da Lei 22/2013, do 23 de decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2014, viría confirmar aquela innecesariedade e, en todo caso, tornariamos á situación de partida, de falta de previsión por disposición legal ou norma de dereito comunitario do sentido negativo da falta de resolución en prazo (...).*

*Neste caso o recorrente defende que a disposición adicional 26.ª da Lei 22/2013 supuxo a supresión da referencia ao procedemento de recoñecemento dos sexenios do anexo do Real decreto lei 8/2011, en que se inclúe non só o sentido do silencio, senón tamén o prazo, polo que este non pode entenderse de 6, senón de 3 meses.*

*Pois ben, a transcrición literal dos preceptos anteriormente referida lévanos en efecto a esa conclusión polos seguintes motivos: 1.º) o Real decreto 1086/1989 sobre retribucións de catedráticos e profesores de universidade non fixou nin o prazo máximo do procedemento nin o sentido do silencio; 2.º) esa omisión foi emendada no Real decreto 1777/1994, do 5 de agosto, que fixou que o sentido do silencio era negativo e o prazo do procedemento era de 7 meses, pero que debe entenderse derogada pola previsión contida no artigo 26 do Real decreto lei 8/2011; 3.º) pola súa banda, a disposición adicional primeira da Lei 4/1999 deu un prazo de 2 anos para a adaptación dos procedementos e a determinación do sentido do silencio, cuxo incumprimento nos cominou a que mantivésemos en varias sentenzas que as previsións do Real decreto 1777/1994 perderan vixencia, polo que mantivemos que nestes casos deberíamos observar a aplicación do criterio xeral de sentido positivo do silencio no caso de que non houbera resposta no prazo de 3 meses (neste sentido, as sts. do 8 de febreiro de 2012 e do 29 de xuño de 2016 ditadas, respectivamente, nos recursos 265/2011 e 367/2015); 4.º) polo Real decreto lei 8/2011, como dixemos, incorpórase o procedemento ao anexo, establecendo o sentido positivo e o prazo de 6 meses; 5.º) a derogación desa mención pola Lei 22/2013 de orzamentos para 2014 determina que volvamos á situación orixinaria de falta de previsión de prazo e sentido do silencio, polo que debemos optar por aplicar a regra xeral contida nos artigos 42 e 43 da Lei 30/1992, vixente no momento en que o recorrente formulou a súa petición, e actualmente nos artigos 21.3 e 24 da Lei 39/2015, que entrou en vigor en outubro de 2016, en atención a que é evidente que a previsión contida no Real decreto 1777/1994 foi derogada polo Real decreto lei 8/2011 e que non recobrou vixencia pola ulterior derogación desta última pola Lei 22/2013, conforme o que dispón o artigo 2 do Código civil.*

*Por iso, ao resultar contraria a denegación ao sentido do silencio producido, imponse a estimación do recurso e a anulación da resolución obxecto de recurso segundo o disposto nos artigos 44.4 a) da LPAC, porque a resolución desestimatoria extemporánea nestes casos equivale a unha revogación sen seguir o procedemento de revisión».*