

# Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia  
contencioso-administrativa

Contentious-administrative  
jurisprudence

46  
Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)  
francisco.cominges@vigo.org

Recibido: 02/06/2014 | Aceptado: 05/06/2014

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

**Índice:** I. Enseñanza II. Expropiación forzosa III. Personal IV. Proceso contencioso-administrativo V. Tributos. VI. Urbanismo y ordenación del territorio

## I Enseñanza

### Anulación de conciertos educativos con centros docentes privados que escolarizan alumnos de un único sexo

El **Tribunal Supremo** (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 4), en la sentencia de **23 de junio de 2014** (casación 2251/2012, relator: Excm. Sra. Teso Gamella) estimó el recurso formulado por un sindicato contra una Orden de la Xunta de Galicia por la que se aprobaron los conciertos educativos con los centros privados de educación infantil, primaria, secundaria obligatoria, especial, ciclos formativos de grado medio y ciclos formativos de grado superior, respecto de cinco centros docentes de las provincias de A Coruña y Pontevedra que escolarizan alumnos de un único sexo. Concluyó el Tribunal en esta sentencia lo siguiente:

*«(...) conviene advertir que no está en cuestión la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que establece la Ley. Lo que se cuestiona es que ese tipo de enseñanza acceda a la financiación pública propia de un*

*concierto educativo. El mandato legal, en definitiva, descarta que la enseñanza separada, por razón de sexo, pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos.*

*El mentado artículo 84.3 [Ley Orgánica de Educación] expresa, por tanto, una opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la CE que dispone que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza, de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación de 2006, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos.*

*Tras la expresada Ley Orgánica de Educación no resulta conforme a Derecho que esos centros privados, de educación no mixta, puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente, insistimos, en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, ex artículo 84.3 de la Ley. Y esa imposibilidad de obtener conciertos para esos centros docentes tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres, que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares a la creación de centros con ideario o carácter propio. Sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la CE porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece.*

*También hemos señalado que ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 de la CE. El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados. Esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas, en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 de la CE.*

*Carece, por tanto, de fundamento, atendida la configuración legal del derecho fundamental reconocido en dicho artículo 27 de la CE, que la sentencia recurrida atribuya prioridad, mediante una interpretación no conforme con nuestra reiterada doctrina, a normas reglamentarias.*

*Hemos declarado, en fin, que el artículo 10.c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como el artículo 2 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 14 de diciembre de 1.960 de la UNESCO, que cita la recurrida, que resulta significativo al respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos, también en los concertados, no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos (artículos 20.2 y 53 de la LODE, 3 del Real Decreto y, posteriormente, el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación). Es verdad que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, sí incluye al*

*sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados. Teniendo en cuenta que su disposición adicional vigésimo quinta asegura una atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas.*

*En definitiva, no pueden comprometerse los fondos públicos, por la vía de los conciertos educativos, más allá de los supuestos previstos por la Ley.*

*Por cuanto antecede, procede declarar haber lugar al recurso de casación, pues la sentencia ha infringido el artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación de 2006 y la jurisprudencia dictada en su aplicación. Y estimar el recurso contencioso administrativo, anulando la Orden impugnada respecto de la aprobación de los conciertos educativos a los cinco centros privados a que se refiere el presente recurso».*

## II Expropiación forzosa

### Expropiación de la isla de Cortegada

En la interesante sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 30 de abril de 2009 (casación 1949/2005, relator: Excmo. Sr. Yagüe Gil) sobre el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la isla de Cortegada se ha resumido su historia reciente en los siguientes términos:

*«(...) la isla litigiosa se sitúa en el término municipal de Vilagarcía de Arousa (Pontevedra), en el interior de la ría de Arousa, a unos 200 metros de distancia de la costa más cercana. Dispone de unas 50 hectáreas de superficie y está deshabitada desde tiempo atrás.*

*En el año 1910 se donó su propiedad al entonces Rey de España Alfonso XIII con la idea de que estableciese en ella su residencia de verano, contribuyendo así a la revitalización económica de la zona. Dicha residencia no se llegó nunca a construir. En 1958 adquirió la isla su heredero Don Juan quien, a su vez, procedió a venderla en el año 1978 a la entidad mercantil "Cortegada S.A." por el precio de 60 millones de pesetas (360.607,26 euros). En la escritura de compraventa otorgada se hizo constar el propósito de dicha mercantil de urbanizar la isla, con un uso "turístico-residencial" y una edificabilidad de 0,8 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>.*

*En el Plan General de Ordenación Urbana de Vilagarcía de Arousa aprobado en 1986 se clasificó la isla como "suelo urbanizable programado", pero con la siguiente salvedad, contenida en su disposición transitoria tercera: "Si transcurrido el plazo de dos años, contados a partir de la aprobación definitiva de este Plan General, no se hubiesen iniciado las obras de urbanización y siempre que ello no se debiera a causas imputables a la Administración, los terrenos pasarán, automáticamente y sin necesidad de modificar el Plan a la categoría de Suelo no Urbanizable de Protección Especial del Litoral Costero". En el año 1987 se aprobó el Plan Parcial de la isla, promovido por "Cortegada S.A.". El Proyecto de Urbanización no se llegó nunca a aprobar.*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*Mediante Decreto de la Xunta de Galicia 193/1991, de 16 de mayo, se estableció un “régimen de protección preventiva para la isla de Cortegada”, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la flora y fauna silvestre. Dicho Decreto fue impugnado por la entidad mercantil “Cortegada S.A. ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso contencioso administrativo 4591/1992, que resultó desestimado por sentencia de 21 de diciembre de 1995. Contra ella interpuso el recurso de casación n.º 5232/1996, que fue también desestimado por sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2002.*

*Por otra parte, la isla fue declarada “espacio natural” protegido en las Normas Subsidiarias de Planeamiento de la provincia de Pontevedra, aprobadas el 14 de mayo de 1991 y publicadas en el Diario Oficial de Galicia de 19 de junio del mismo año.*

*Mediante Orden Ministerial de 21 de octubre de 1992 se aprobó el deslinde del dominio público marítimo terrestre de la isla, estableciéndose al mismo tiempo una servidumbre de protección de costas de cien metros desde la ribera del mar. Fue impugnada por la entidad “Cortegada S.A.” ante la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo 278/1997, que resultó desestimado por sentencia de 26 de noviembre de 1999. Se interpuso también contra ella recurso de casación (n.º 2464/2000), que se desestimó en la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2003.*

*Asimismo, en fecha 25 de septiembre de 1996 el Ministerio de Medio Ambiente resolvió denegar a la citada entidad mercantil la concesión solicitada para la ocupación de los terrenos de dominio público marítimo terrestre necesarios para la ejecución de un puente de acceso a la isla. Impugnó también dicha resolución ante la Audiencia Nacional en el recurso 431/1997, que fue desestimado por sentencia de 22 de septiembre de 2000. Contra ella interpuso a su vez recurso de casación ante el Tribunal Supremo (n.º 1799/2001), que fue desestimado por la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2004.*

*El 4 de febrero de 2000 se aprobó un nuevo Plan General de Ordenación Municipal en Vilagarcía de Arousa, en el que se clasificó la isla de Cortegada como “suelo rústico de protección de espacios naturales” (BOP de Pontevedra de 26 de mayo de 2000).*

*Mediante el Decreto 88/2002, de 7 de marzo, de la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia, impugnado en este litigio, se aprobó definitivamente el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del espacio natural de la isla y su contorno.*

*Por Ley 15/2002, de 1 de julio, se declaró y delimitó el “Parque Nacional marítimo-terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia”, incluyéndose en él el archipiélago de Cortegada. La misma Ley prohibió directamente “aquellos usos y actividades que alteren o pongan en peligro la estabilidad de los ecosistemas o la integridad de sus componentes” (artículo 4.1) y estableció la obligación de clasificar todos los terrenos del Parque Nacional como “suelo no urbanizable objeto de especial protección o clase equivalente regulada por la legislación urbanística” (artículo 4.2)».*

En una fase posterior la Xunta de Galicia procedió a la expropiación forzosa de la isla. El Jurado de Expropiación de Galicia fijó su justiprecio en 1.800.000 euros. La propietaria lo impugnó, reclamando el pago de 186.000.000 euros. Finalmente el **Tribunal Supremo** (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 6<sup>a</sup>) en su sentencia de **7 de julio de 2014** (casación 1949/2012, relator: Excmo. Sr. Trillo Alonso) cierra la cuestión confirmando la resolución del Jurado de Expropiación de Galicia. Considera en primer término que dicho acto administrativo se beneficia de la presunción general de validez reconocida en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, lo que desplaza a la recurrente la carga de la prueba sobre su posible incorrección. En segundo lugar, que no se acreditó la inadecuación ni del método utilizado para valorar los terrenos, ni de su resultado. Y que, finalmente, las indemnizaciones derivadas de las limitaciones a la propiedad que haya supuesto la aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la isla deberán cuantificarse y pagarse en un expediente diferenciado.

### III Personal

- 1 Vacaciones del personal funcionario y estatutario. Supresión de los “canosos”. No cabe añadir días adicionales de vacaciones al máximo de 22 días hábiles establecido para todas las Administraciones en la normativa básica estatal

El **TSXG**, S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>, en su sentencia de **2 de julio de 2014** (rec. 111/2014, relator: Ilma. Sra. Galindo Gil) declaró derogado o desplazado por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, lo dispuesto en el artículo 75.2 del Texto Refundido de la Función Pública de Galicia (Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo) sobre disfrute de días adicionales de vacaciones por cumplimiento de años de servicio (los coloquialmente denominados “canosos”). De modo que los funcionarios públicos y el personal estatutario del SERGAS no pueden gozar ya, en concepto de vacaciones, de más días que los veintidós establecidos en el artículo 50 (modificado) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, aprobatoria del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), por muchos años que lleven trabajando en la Administración.

- 2 Prohibición general de contratación de nuevo personal en las Administraciones Públicas

En las sentencias del **21 y 28 de mayo de 2014** (reces. 47/2014 y 74/2014, relatores: Ilmos. Sres. Seoane Pesqueira y Díaz Casales) el **TSXG** censuró la contratación temporal y sucesiva de operarios por el Concello de Xinzo de Limia, por infringir la prohibición de contratar personal temporal establecida en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre (y en la posterior Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado). También por incumplir los principios de libre concurrencia y publicidad en el acceso al empleo público; y por cometer vicio de desviación de poder. Concluyó el Tribunal señalando que: *“la gravedad de la actuación municipal, con incumplimiento grosero y consciente de la normativa de obligada aplicación que ha quedado mencionada, pese a los informes desfavorables de Secretaría e Intervención, pudiera ser constitutiva de un delito de prevaricación, lo que justifica asimismo el pronunciamiento de remisión de testimonio de los autos y del expediente*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*administrativo al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Xinzo de Limia, a fin de que se investiguen las posibles responsabilidades penales que se podrían derivar».*

En la sentencia de **30 de abril de 2014** (rec. 267/2012, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) el **TSXG** anuló un acuerdo del Pleno del Concello de Santiago de Compostela por el que se crearon tres nuevas plazas de funcionarios de habilitación de carácter nacional (secretario de apoyo, interventor de apoyo y tesorero de apoyo). En primer lugar, por la injustificada insuficiencia con la que se emitió, sin demorar el incremento de la plantilla al ejercicio presupuestario que estaba a punto de iniciarse *«sin esperar siquiera a que los puestos correspondientes a las plazas creadas se reflejasen en la RPT, urgencia que parece apuntar más a la inminente aprobación de lo que constituiría el Real Decreto Ley 20/2011 que a cualquier otra consideración, en tanto en cuanto su entrada en vigor podía entrañar un obstáculo para llevar a cabo el objetivo de creación de las plazas de Secretario, Interventor y Tesorero»*. Y, en segundo lugar, por infringir la "tasa de reposición cero" establecida en dicho Real Decreto Ley. Insiste así el Tribunal en que: *«En contra de lo que entiende la Dirección Xeral de Administración Local, lo fundamental no es que la selección y formación de los funcionarios de Administración Local con habilitación estatal esté atribuida a la Comunidad Autónoma ni que el concreto funcionario que ocupe la nueva plaza no sea de nuevo ingreso (de hecho en el artículo 3 del RD Ley lo que se prohíbe es la incorporación de nuevo personal, no la de personal de nuevo ingreso), sino que las plazas que han de ocupar dichos funcionarios corresponden a la Administración Local y pertenecen a la plantilla del correspondiente Concello, en este caso de Santiago de Compostela, que es quien ha de abonar sus retribuciones periódicas a cargo de su presupuesto. Lleva razón la defensa de los recurrentes cuando afirma que la finalidad del RD Ley es reducir los gastos corrientes en el capítulo I de los presupuestos, gastos de personal, que es precisamente donde se consignan los créditos destinados a remunerar a los habilitados que se incorporan al Concello, por lo que, al asumir presupuestariamente el Concello las plazas incrementadas (y por eso hay que realizar una modificación de la plantilla que supone una alteración presupuestaria con el fin de generar los créditos con los que hacer frente a ese nuevo gasto corriente), se vulnera la literalidad de la norma, así como su espíritu y finalidad. Frente al anterior argumento no resulta operativo el que se deriva del informe del nuevo Interventor Municipal de 28 de diciembre de 2012, de que como tal incremento de gasto se realizó con cargo a otros créditos que fueron amortizados (plazas de personal eventual y dedicaciones exclusivas) no se incrementa el gasto del capítulo I. Y ello porque, como se deduce del informe de la Dirección Xeral de Administración Local, no se trata de compensar o nivelar unas amortizaciones con incorporaciones de nuevos créditos, sino de disminuir el coste del personal. Ha de insistirse en que en el artículo 3 del RD Ley se prohíbe la incorporación de nuevo personal, y dicha prohibición se conculcaría si se permitiera la compensación que pretende el Concello. A lo anterior ha de añadirse que los créditos amortizados se refieren a gastos de carácter estructural de personal permanente, mientras que el personal eventual o las dedicaciones exclusivas se revisan con cada nueva Corporación municipal. Refuerza la interpretación literal y lógica del artículo 3 del RD Ley 20/2011 el hecho de que se extiende la prohibición incluso a las plazas incursas en procesos de consolidación, pese a que lógicamente debiera resultar prioritaria la regularización de la situación de quienes estuviesen implicados en alguno de dichos procesos, lo que revela la intención del legislador de reducir incluso la organización administrativa de personal. En este sentido, asimismo se prohíbe la cobertura de vacantes dotadas presupuestariamente y se pretende incluso amortizarlas»*.

### 3 Compensación de la supresión de la paga extra con un complemento de productividad. Fraude de ley y desviación de poder

El **TSXG** en la sentencia de **2 de julio de 2014** (rec. 174/2014, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) revocó en apelación la sentencia de instancia y declaró la nulidad de un acuerdo del Concello de Pontevedra sobre pago de complemento de productividad a sus funcionarios. Consideró el Tribunal que dicho pago incurría en fraude de ley y desviación de poder porque con él se pretendía en realidad compensar a sus empleados de la supresión de la paga extra que se había producido por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio. Para conseguir dicha conclusión el Tribunal tomó en consideración el dato significativo de que entre el ejercicio de 2011 y el de 2012 el complemento de productividad se había incrementado de 25.000 euros a 735.000 euros, y de 15 beneficiarios a 441. También lo de que se repartió esa productividad de manera lineal e igualitaria entre todos los empleados públicos. Y las propias declaraciones del Alcalde-Presidente en los medios de comunicación anunciando que sustituía la paga extra por complementos de productividad. Finalmente la sentencia condena al Concello de Pontevedra a: *«adoptar las medidas precisas para la devolución de lo indebidamente abonado por el complemento de productividad litigioso»*.

## IV Proceso contencioso-administrativo

Las relaciones de puestos de trabajo (RPT) de las Administraciones públicas carecen de la naturaleza jurídica de las disposiciones generales. Competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de su impugnación en primera instancia

El **Tribunal Supremo** (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 1<sup>a</sup>), en un extenso Auto de 22 de mayo de 2014 (rec. 130/2013) inadmitió el recurso de casación interpuesto frente a una sentencia del TSXG sobre una modificación de la RPT de la Xunta de Galicia, tras considerar que las RPT son meros actos administrativos y no disposiciones generales. Carecen de naturaleza reglamentaria. Como consecuencia de eso no pueden ser impugnadas indirectamente, ni cabe interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas en primera instancia sobre dicha materia. El cambio de criterio del alto tribunal sobre la naturaleza jurídica de las RPT se instauró a partir de su sentencia del 5 de febrero de 2014 (casación 2986/2012). En este Auto el Tribunal Supremo insiste en que:

*«(...) Las relaciones de puestos de trabajo son expresión de una actividad administrativa reflexiva o de autoorganización, por la que la Administración determina su estructura administrativa con los requisitos legalmente exigidos y con la necesaria flexibilidad. De acuerdo con la última jurisprudencia de esta Sala, que vamos a relacionar, no son disposiciones generales ni normas en sentido estricto sino actos administrativos generales que, en cuanto tales, y aún con una cierta vocación de permanencia, son característicos de una actividad administrativa y no de una actividad normativa o reglamentaria.*

*Ocurre que las relaciones de puestos de trabajo son instrumentos organizativos que dan operatividad a las normas propiamente dichas. (...) En relación con las personas*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS



*respecto a las cuales individualizan —o puedan, o, en su caso, deban, individualizarse— esas normas abstractas se presentan las RRPPTT como actos administrativos generales que, en virtud de la teoría configurada en la doctrina científica conforme a la figura, de origen francés, del acto-condición o, en la de origen italiano, del acto de admisión (provvedimenti ammissori), operan en relación con el destinatario real o potencial (empleado público designado o aquéllos que estuvieran en posesión de los requisitos necesarios para serlo o haberlo sido) la función de transformar —o poder transformar— la expectativa o derecho al nombramiento en una situación jurídica generadora de los derechos y deberes propia del estatuto del puesto de trabajo de que se trate. A través de las relaciones de trabajo (artículo 15.1 de la Ley 30/1984) u otros instrumentos organizativos similares (a que se refiere hoy el artículo 74 del EBEP) se verifica una ordenación del personal de las Administraciones Públicas de acuerdo con las necesidades de los servicios y con la precisión de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo (SSTC 8/2010, de 27 de abril FJ 4 y 48/1998, de 2 de marzo FJ 7) (...).*

*En cualquier caso, es patente que las cuestiones de personal al servicio de la Administración que no afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera quedan excluidas, con carácter general, del recurso de casación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86.2.a) de la Ley de esta Jurisdicción, si bien este Tribunal, como se ha dicho, hace años que venía admitiendo que las sentencias recaídas en relación con impugnaciones directas de las RPT's de dicho personal tenían acceso a casación por assimilarlas, a los solos efectos de dicho acceso, a las disposiciones generales. (...)*

*Ciertamente, la doctrina que se incorpora en este auto comporta un nuevo régimen de impugnación jurisdiccional de las RPT's consecuente con su naturaleza jurídica de actos, pretendiendo clarificar la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión. A este respecto, ha de ponerse de manifiesto que es reiterada la doctrina constitucional que admite sin reservas el cambio de criterio jurisprudencial, siempre que éste no sea arbitrario y esté motivado, sin que quepa pretender de la jurisprudencia un carácter monolítico y estático, puesto que su valor reside precisamente en su dinámica adaptativa y motivada a las nuevas realidades en que se desenvuelven las relaciones jurídicas, teniendo en cuenta la libertad de apreciación de todo órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución Española) y la consecuencia de una diferente concepción jurídica igualmente razonable y fundada en Derecho de los supuestos sometidos a su decisión. (...)*».



## V Tributos

Impuesto de transmisiones patrimoniales. Las autorizaciones administrativas que se conceden a las instalaciones de generación de energía eléctrica no son actos equiparables a las concesiones administrativas. No sujeción al impuesto

El **TSXG** (S<sup>º</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 4<sup>ª</sup>) en la sentencia de **22 de enero de 2014** (rec. 15555/2012, relator: Ilma. Sra. Rivera Frade) concluyó que:

*«(...) cuando se trata de autorizar la actividad de generación de energía eléctrica no se produce el hecho imponible del Impuesto de transmisiones patrimoniales, pues no nos encontramos ante la prestación de un servicio público, y por tanto, no se otorgan facultades de gestión de un servicio público, ni de atribución del uso privativo de bienes de dominio o uso público, ni de aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público. Esta solución no se contradice con las consideraciones que se recogen en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2013 (Recurso de casación número 3030/2010) y 23 de septiembre de 2013 (Recurso casación número 1856/2012), pues en ambas se estudia la sujeción al ITP de una autorización administrativa para la instalación de una central de cogeneración de electricidad concedida al amparo de la Ley 40/1994. Incluso la primera de ellas contiene un voto particular (del Magistrado Don Emilio Frías Conde) en el que se sostiene que las autorizaciones administrativas otorgadas al amparo de la ley 40/1994 no implicaban la transferencia por parte de la Administración de una esfera de actividad prestacional de servicio público, pues según se expresaba en su exposición de motivos el sistema integrado conservaba la calificación tradicional de servicio público, que fue abandonada por la posterior Ley 54/1997, para ser sustituida por la de servicio esencial, y que por tanto, ante esta realidad, los artículos 1 y 2 de la Ley de 1994 no podían ser interpretados en el sentido de que la autorización administrativa para la instalación de un parque eólico constituía también un servicio público.*

*Pero si el análisis del régimen jurídico de la producción eléctrica al amparo de aquella Ley se ha entendido para la mayoría de los magistrados que integraban la Sala sentenciadora como un servicio público, con cita de la STC 18/2011, de 3 de marzo, en la primera sentencia ya se dice que la configuración del sector de la energía eléctrica como servicio público era la tradicional hasta la Ley 54/1997. Y es que con la nueva Ley ya no podemos hablar de un servicio público de titularidad estatal, y con la autorización habilitando la instalación no se otorgan a la prestadora del servicio facultades de gestión de servicio público, ni se origina un desplazamiento patrimonial a favor de la empresa».*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

## VI Urbanismo y ordenación del territorio

### 1 Inejecución de sentencia que ordena derribar una edificación, por imposibilidad material (edificio Fenosa en A Coruña)

En la sentencia del **Tribunal Supremo**-, 5ª 3ª, Secc. 5ª, de **8 de julio de 2014** (casación 2465/2013, relator: Excmo. Sr. Peces Morate) se revoca el Auto del TSXG en el que se había declarado la imposibilidad material de ejecución forzosa de una sentencia del año 2001 (confirmada en casación en 2006) en la que se anuló una licencia de obras y se condenó al Concello de A Coruña a derribar el edificio de viviendas y locales ejecutado a su amparo. Considera el alto Tribunal, en primer lugar, que en este caso se excedió con creces el plazo de dos meses establecido en el artículo 105 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 para poder promover un incidente de inejecución de sentencia: *“la causa de imposibilidad material manifestada ... ya existía en el año 2006 (...). El plazo de dos meses, establecido por el citado artículo 105.2, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses, el incidente de imposibilidad legal o material de ejecutar las sentencias, pero también hemos expresado que la ejecución de una sentencia firme no puede quedar supeditada indefinidamente a la promoción sucesiva de incidentes de imposibilidad legal o material de ejecución de una sentencia por causas existentes al momento de haberse promovido el primero.*

Y, en segundo lugar, sobre el fondo del asunto ha manifestado el Tribunal Supremo en esta sentencia lo siguiente: *«Que la Sala de instancia vuelva a traer a colación el principio de proporcionalidad para resolver si es o no desproporcionado tener que acometer obras de refuerzo que, lógicamente, no figuraban en los proyectos iniciales de 1962 y 1964, no resulta acorde con el principio de ejecutabilidad en sus propios términos de las sentencias firmes recogido en los artículos citados por la recurrente, al articular estos motivos de casación, tanto de la Constitución como de la Ley de esta Jurisdicción. Lo natural es que una construcción acabada, a pesar de que la licencia concedida se hubiese impugnado en sede judicial, experimente debilitamiento de la estructura al ser demolida en cumplimiento de la sentencia anulatoria de dicha licencia y ello requiera los reforzamientos necesarios aunque no estuviesen previstos en los proyectos iniciales, pero ello no hace desproporcionada la demolición, ya que con ella se trata de restaurar el orden jurídico infringido y la realidad física alterada, según declaramos en aquella nuestra sentencia de 28 de marzo de 2006, y por tanto, las razones dadas por la Sala de instancia para declarar la inejecución de la sentencia por causa de imposibilidad material no son atendibles y esa decisión, adoptada en los autos recurridos, debe ser anulada para que, como pide en casación la demandante en la instancia y ahora recurrente, continúe la ejecución de la sentencia, dictada por la propia Sala de instancia el 20 de diciembre de 2001 (recurso contencioso-administrativo 6937/1997), en sus propios términos, ya que las actuaciones administrativas ilegales no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales, sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) y no a criterios de oportunidad o de conveniencia coyuntural».*

### 2 Nulidad de la disposición de la Ley de Vivienda de Galicia que impedía la ejecución de las sentencias anulatorias de licencias urbanísticas que conlleven el derribo de viviendas mientras no se indemnice a los afectados

El **Tribunal Constitucional**, en la sentencia **82/2014, de 28 de mayo** (relator: Sr. Valdés dal Re, BOE del 24/06/2014) declaró la nulidad de un inciso de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia en el que se condicionaba la ejecución de las sentencias anulatorias de licencias urbanísticas que conlleven el derribo de viviendas a la previa indemnización de los afectados por la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. En la sentencia se incide en lo siguiente:

*«(...) Que duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso. Pero lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal —art. 149.1.6 CE— es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las Sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la Sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado».*

### 3 Anulación del Plan General de Ordenación Municipal. Omisión del informe sectorial de aguas (Confederación Hidrográfica). Incumplimiento de la reserva de equipamientos y dotaciones. Informe desfavorable de la Dirección General de Patrimonio Cultural. Desviación de poder

El **Tribunal Supremo** (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>), en su **sentencia de 4 de julio de 2014** (casación 915/2012, relator: Excmo. Sr. Calvo Rojas) confirma la declaración de nulidad del Plan General de Ordenación Municipal de Melón aprobado en el año 2008 por tres motivos. En primer término porque había sido informado desfavorablemente por la Consellería de Cultura respecto del monasterio de Santa María, declarado monumento histórico-artístico. En segundo, por omisión del preceptivo informe sectorial de aguas (de la Confederación Hidrográfica) sobre disponibilidad de los recursos hídricos necesarios para atender al incremento de la demanda de agua que se derivaría de la duplicación de la población en diez años y de la construcción de un parque empresarial y un campo de golf previstos en el plan; así como sobre la infraestructura para la evacuación y depuración de las aguas residuales. Y en tercer lugar, por incurrir en desviación de poder la calificación como equipamiento deportivo de un pabellón al lado del monasterio que se debía derribar en ejecución de una sentencia firme anterior. Sobre la alegación del Concello de que el Informe de Cultura se emitió extemporáneamente el alto Tribunal concluye que:

*«(...) el informe de la Dirección General de Patrimonio Cultural se emitió, aunque fuera de plazo; y así lo admite el propio Ayuntamiento, que afirma que, pese a la tardanza del informe, una vez recibido cuidó de que sus exigencias se incorporasen al documento en tramitación. Ya hemos señalado que, al no recibir el informe dentro del plazo señalado, el Ayuntamiento podía disponer que prosiguiesen las actuaciones,*

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*como efectivamente hizo. Ahora bien, ello no significa que el informe recibido tardíamente quede privado ex lege de toda virtualidad. El párrafo segundo del artículo 83.4 de la Ley 30/1992 establece que «el informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución». La expresión legal, siendo imprecisa, no puede entenderse en el sentido de que la Administración actuante pueda, a su libre criterio, atender o desatender el informe; menos aun cuando se trata de informes que tienen legalmente atribuido el carácter de preceptivos y vinculantes. El recto entendimiento del citado artículo 83.4 lleva a considerar que la Administración que dirige el procedimiento debe exponer las razones por las que el informe recibido tardíamente no puede ser tenido en consideración (explicando, por ejemplo, que al haber sido recibido en la fase final del procedimiento y estando ya cumplidos todos los trámites de audiencia e informes, no resulta viable que las indicaciones del informe tardío encuentren reflejo en la resolución final). Ninguna explicación de esa índole ha existido en este caso. Más bien al contrario».*

#### 4 Autorización ambiental integrada. Carácter vinculante del informe municipal sobre la compatibilidad del proyecto con la ordenación urbanística aplicable

En la sentencia del **Tribunal Supremo** (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de **27 de junio de 2014** (casación 715/2012, relator: Excmo. Sr. Suay Rincón) se confirmó la anulación de la autorización ambiental integrada de una industria de Redondela porque el Concello emitió durante su tramitación un informe urbanístico desfavorable. Afirma el Tribunal en esta sentencia que el informe de la Administración municipal sobre la compatibilidad urbanística del proyecto que el interesado debe aportar con su solicitud de autorización ambiental integrada: *«posee carácter vinculante en los extremos concernientes a la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico. A este ámbito urbanístico se contrae, consiguientemente, la vinculatoriedad de dicho informe. En dicho ámbito, la Administración autonómica no tiene opción y no puede decidir la continuación del procedimiento administrativo. Fuera de dicho ámbito, en cambio, el informe carece de los efectos obstativos apuntados —cabe añadir, incluso en extremos atinentes a otros ámbitos de competencia municipal—»*. Más aún en este caso en el que: *«El informe del Ayuntamiento se emite en sentido desfavorable al otorgamiento de la autorización ambiental integrada porque la actividad a desarrollar está dentro del espacio natural protegido «Ensenada de San Simón», incluido en la lista gallega de Lugares de Importancia Comunitaria de la Red Europea Natura 2000, y declarado zona de especial protección de los valores naturales según el Anexo I del artículo 1º del Decreto 72/2004; y porque a la actividad, al tener que ser objeto de autorización ambiental integrada y estar sujeta al RAMINP, no le es aplicable la categoría de industria limpia compatible con áreas residenciales por su escaso nivel de contaminación acústica, de humos, gases o vertidos descrita por las normas subsidiarias de planeamiento municipal»*.