

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

MALVERSACION DE CAUDALES PÚBLICOS: ALCALDE Y PRESIDENTE DE SOCIEDAD PÚBLICA MUNICIPAL QUE INVIERTE TESORERÍA DE ÉSTA EN PARTICIPACIONES PREFERENTES DE ENTIDAD BANCARIA EN LA QUE HABÍA TRABAJADO CON ANTERIORIDAD CUANDO NO ERA CONOCIDO EL RIESGO DE ESTOS PRODUCTOS FINANCIEROS. PREVARICACIÓN: REQUISITOS DEL TIPO PENAL: CONCEPTO DE RESOLUCIÓN INJUSTA. INEXISTENCIA DE DELITO

Sentencia de 17 de septiembre de 2015 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Recurso de casación: 492/2015.

Ponente: Andrés Palomo del Arco.

El Ayuntamiento de Valle de Egües (Navarra) constituyó una sociedad mercantil de responsabilidad limitada de capital cien por cien municipal denominada Andacelay, S.L. De dicha sociedad, cuando ocurrieron los hechos juzgados, era Consejero-Presidente el Alcalde del Ayuntamiento, facultado expresamente para realizar cuantos actos y contratos fuesen necesarios, convenientes o meramente útiles para el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social. Este era amplio: desde promoción y gestión de suelo y viviendas hasta promoción de actividades de ocio y restauración y la prestación de servicios administrativos, logísticos y de comunicación tanto a entidades públicas como a privadas. Lo estatutos de la sociedad municipal otorgaron a la Intervención municipal las funciones de control interno de la gestión económica de la misma

El 17 de marzo de 2011, el Alcalde y Consejero Presidente, en nombre de Andacelay SL, ordenó la compra de 100 participaciones preferentes, de Caixa Catalunya, entidad de la que el Alcalde fue empleado desde el día 13 de enero de 1997 hasta el día 1 de octubre de 2007 en que se situó en excedencia, siendo su función la de asesor de banca privada, por importe nominal total de 100.000 €. La compra se realizó en la sucursal con la que habitualmente trabajaba, el Ayuntamiento, haciéndose constar a los efectos de la normativa sobre protección de los inversores en instrumentos financieros, que la inversión resultaba adecuada de acuerdo con el resultado del test de conveniencia; asignando a quien era el cliente un nivel de conocimiento avanzado y considerando que posee el conocimiento y la experiencia inversora suficiente para contratar productos de ahorro-inversión, incluidos aquellos con riesgo de rentabilidad y capital. El perfil del producto era agresivo.

Asimismo el 17 de marzo de 2011 se efectuó una imposición a plazo fijo de un año de 300.000 € cuyo tipo de interés nominal estaba condicionado a que los titulares formalizasen la compra de participaciones preferentes, en caso contrario, el tipo nominal fijado era sensiblemente menor.

Con anterioridad al mes de marzo de 2011 la Comisión Nacional del Mercado de Valores no publicó informe, comunicación, estudio, circular u otra disposición poniendo de manifiesto o alertando de los riesgos de las participaciones preferentes en general y, en concreto, respecto de la entidad Caixa Catalunya.

Las cuentas anuales de la sociedad a 31 de diciembre de 2011 se presentaron junto con las del Ayuntamiento del Valle de Egüés, integrando la Cuenta General del ejercicio 2011, para su aprobación por el Pleno municipal de 28 de septiembre de 2012.; la Interventora del Ayuntamiento anexó las cuentas de Andacelay SL a las del Ayuntamiento, sin que conste ningún informe de reparo.

Asimismo, la sociedad, en cumplimiento de la normativa mercantil fue auditada, concluyendo el informe de la auditoría que sus cuentas expresaban la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, así como de los resultados de las operaciones correspondientes al ejercicio anual. Asimismo la Cámara de Cuentas de Navarra realizó un informe de fiscalización sobre las Cuentas del ayuntamiento de Egüés correspondientes al ejercicio 2011.

La entidad Caixa Catalunya fue intervenida por el Estado el 30 de septiembre de 2011 a través del fondo de reestructuración bancaria ordenada (FROB).

Como consecuencia las participaciones preferentes de Caixa Catalunya tuvieron que canjearse por acciones de la entidad, lo que supuso quitas relevantes sobre las inversiones. El Consejo de Administración de Andacelay SL acordó la venta de acciones al fondo de garantía, recuperando 33.290 € que suponen el 33,29% del nominal invertido en la compra de preferentes, lo que implicó una pérdida para la sociedad de 65.520 €

La Audiencia absolvió al Alcalde de los delitos de malversación previsto en el art. 433.1 y 433.2 y del de prevaricación previsto en el art. 404 del Código Penal.

La acusación particular interpone recurso de casación contra la anterior sentencia.

La acusación particular argumentó en casación que la adquisición de participaciones preferentes, no está orientada a la satisfacción de un interés público; se trata de una operación arriesgada, inadecuada e injustificada; se elude en su compra el trámite de intervención municipal; es una operación inversora agresiva que carece de las condiciones de liquidez y seguridad permitidas para la rentabilidad de los excedentes temporales de tesorería, que conllevaban especial riesgo como resultaba del propio test de conveniencia inversora realizado por el imputado; y el imputado no estaba autorizado para decidir por sí esa operación.

En lo que se refiere al **delito de malversación**, el TS declara en la sentencia que comentamos, que no es predicable al supuesto enjuiciado con la exigencia normativa

requerida en el tipo penal, artículo 433, malversación de caudales públicos, que la compra de las participaciones preferentes en las circunstancias de tesorería y tiempo de su realización, integre un destino diverso a usos ajenos a la *función pública*, puesto que se trata de operación realizada con excedente temporal de tesorería, que consecuentemente en ningún caso está contemplada en el objeto social o finalidad pública primaria de la mercantil, en cuanto sólo de medio indirecto sirve a la misma, pero resulta connatural a la institución societaria, sea de capital público o no; del mismo modo que tampoco se contempla la limpieza de las instalaciones o la contratación de contables pero resultan actividades instrumentales respecto de los objetos y fines sociales. Igualmente, en principio, procurar rentabilidad al excedente de tesorería. Además, en la época se comercializaban como productos de naturaleza semejante a las imposiciones a plazo fijo y de hecho, su origen principal fue sustituir estos productos cuando vencía el plazo de alguna imposición. Dado que la operación realizada, en nombre de la mercantil, derivaba de un excedente de tesorería, la operación de compra de las participaciones preferentes resultaba desde la perspectiva de los usos de la función pública a que se debía, prácticamente idéntica a la imposición a plazo fijo. De ahí que la condición de empleado de banca del imputado, en excedencia desde 2007, tuviera escasa relevancia.

De ahí también que la condición de empleado de banca del imputado, en excedencia desde 2007, tuviera escasa relevancia.

En lo que se refiere al **delito de prevaricación**, el TS declara que tampoco resulta viable predicar la existencia de prevaricación, cuando la adquisición de compra de las adquisiciones preferentes en el momento que se realizó, en modo alguno puede tacharse pues, de arbitraria y evidentemente contraria al ordenamiento jurídico; sino al contrario, no deviene ajena al objeto social de la mercantil, ni al margen de que mediara anterior o posteriormente alguna omisión o clarificación en relación con la intervención, el procedimiento fue desconocido.

La Sala del TS pone de relieve la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal, pero que con la jurisdicción penal no se trata de sustituir, en modo alguno, a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límite en los que la posición de superioridad que proporcionaba el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado abuso de poder.

En consecuencia no basta para entender cometido delito de prevaricación, la mera contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria.

Otras sentencias, que cita la que comentamos, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis.

La prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos generalmente admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Finalmente, el tipo subjetivo del delito exige que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución a sabiendas, se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Y en autos, la compra de las participaciones preferentes, en la fecha en que se realiza suponía rentabilidad y disponibilidad, sin problemas hasta ese momento para obtener la liquidez necesaria, sin que entonces entidad alguna hubiera alertado de connotaciones negativas sobre las referidas participaciones preferentes; si además el informe de la Cámara de Cuentas de Navarra, concluye que la adquisición de estos productos financieros no era contraria al objeto social de Andacelay SL, que la operación fue realizada por el órgano competente y que no medió incumplimiento del procedimiento establecido, ningún presupuesto del tipo de prevaricación se cumplimenta.

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. LEGITIMACION ACTIVA DEL DENUNCIANTE PARA RECURRIR LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. EXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN SI EL DENUNCIANTE RESULTA PERJUDICADO POR LA SUPUESTA INFRACCIÓN, O BENEFICIADO EN SUS DERECHOS O INTERESES DE CONCLUIR EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CON IMPOSICIÓN DE SANCIÓN.

Sentencia de 21 de septiembre de 2015 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación: 4179/2012.

Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

La Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por un particular contra el acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional de Valores de archivo de la denuncia presentada por dicho particular, recurrente ante la Audiencia Nacional contra el acuerdo de archivo, y que ordena a la Administración, la Comisión Nacional de Valores, que dicte una nueva resolución debidamente motivada.

El Estado, a través del Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la anterior sentencia por entender que la Audiencia Nacional debió declarar la inadmisibilidad del recurso por haber sido interpuesto por persona no legitimada, al no considerar tal al denunciante.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por cuanto que en abstracto no se puede afirmar la falta de legitimación activa para solicitar a la incoación de un procedimiento disciplinario o sancionador, y no es posible dar normas de carácter general acerca de la legitimación, pues hay que atender el examen de cada caso. No puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante puede resultar beneficiario en sus derecho o intereses como consecuencia de un procedimiento sancionador, tales como reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones, lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora.

En el caso concreto examinado el recurrente en este caso ha acreditado que la declaración de una conducta infractora puede reportarle ventajas que exceden del mero interés genérico por la legalidad ya que la propia entidad financiera ha negado la reclamación de indemnización de daños y perjuicios al recurrente por la pérdida sufrida en el valor de las acciones e basándose en el acuerdo de archivo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que ahora recurre.

Así las cosas, parece innegable que una eventual resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la que se afirmase que Banif habían incurrido en infracción en sus relaciones con el recurrente y en la que se sancionase a dicha entidad por tal motivo, sería un hecho significativo que podría tener incidencia directa en la esfera patrimonial del recurrente, tanto en lo que se refiere a la reclamación por daños y

perjuicios como en la resolución de cualquier procedimiento contradictorio que tuviesen entablado por razón de hechos conexos con los denunciados en el caso que nos ocupa.

Por tanto, en contra de lo que se afirma en el motivo de casación, el Tribunal Supremo entiende que el recurrente tenía y tiene interés legítimo para impugnar la decisión de archivo de la denuncia por parte de la Comisión Nacional de Valores contra Banif.

PRECIOS PÚBLICOS MUNICIPALES. PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LA ORDENANZA FISCAL. NECESIDAD DE MEMORIA ECONÓMICO-FINANCIERA Y DE CONTENIDO SUFICIENTE. AUSENCIA O INSUFICIENCIA: NULIDAD

Sentencia de 28 de junio de 2015 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administración del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 311/2014.

Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana -Sección Tercera- dictó Sentencia, estimatoria del recurso deducido contra un Acuerdo del Ayuntamiento de Xátiva de 08-10-2010, por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza Fiscal del Precio Público del Conservatorio Profesional de Música Luis Milán.

EL TS plantea el debate en los siguientes términos: ¿la aprobación de una ordenanza fiscal reguladora de un precio público municipal requiere de un estudio económico-financiero? Para el Ayuntamiento, la respuesta es negativa, para los particulares que obtuvieron la sentencia a su favor, resulta positiva.

Si la solución correcta de esa duda es la segunda, habrá que decidir si el informe que consta unido al expediente administrativo es suficiente, tal y como defiende la corporación local recurrente.

En cuanto a la primera cuestión, el TS parte el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, cuyos artículos 41 a 47 regulan los precios públicos locales.

Son tales los exigidos por la prestación de servicios o la realización de actividades, en régimen de derecho público, que sean de solicitud o recepción voluntaria (es decir, que no vengan impuestas por disposiciones legales o reglamentarias ni se refieran a bienes, servicios o actividades imprescindibles para la vida privada o social del solicitante) o que no se presten o realicen por el sector privado [artículo 41, en relación con el 20.1.B)], quedando excluida en todo caso la percepción de precios públicos (y de tasas también) por los servicios de abastecimiento de aguas en fuentes

públicas, alumbrado en vía públicas, vigilancia pública en general, protección civil, limpieza de la vía pública y enseñanza en los niveles de educación obligatoria (artículo 42, en relación con el 21.1).

Por regla general, el importe del precio público debe cubrir como mínimo el coste del servicio prestado o de la actividad realizada (artículo 44.1), si bien, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, la entidad local puede fijarlo por debajo del límite indicado. En estos casos, debe consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiera (artículo 44.2).

El establecimiento y la aprobación de los precios públicos corresponde al Pleno de la corporación, facultad que cabe delegar en la Comisión de Gobierno (artículo 47.1), y la fijación de su importe podrá encomendarse a los organismos autónomos o los consorcios cuando se trate de financiar servicios a cargo de los mismos, salvo cuando no cubran el coste; a este fin, deberán presentar “el estado económico del que se desprenda que los precios públicos cubren el coste del servicio” (artículo 47.2).

Lleva razón el Ayuntamiento recurrente cuando afirma que en esa disciplina legal no se exige expresamente la elaboración de un informe económico-financiero para la aprobación de un precio público local, pero esta afirmación, sin más, no resuelve la duda, por la sencilla razón de que el capítulo del texto refundido dedicado a los precios públicos no contiene ninguna norma relativa al procedimiento de elaboración y aprobación de la correspondiente ordenanza reguladora. La lógica del argumento del Ayuntamiento podría llevar al absurdo de considerar innecesario el seguimiento de un específico procedimiento de aprobación porque en los artículos 41 a 47 no se regula el mismo, salvo las referencias en el último de ellos a las competencias para el establecimiento y fijación del precio público.

Hemos de concluir que **la existencia de ese estudio económico-financiero resulta imprescindible para la aprobación y la cuantificación de un precio público local.**

En primer lugar, porque va en la naturaleza de las cosas. Si se trata de financiar el coste de determinadas actividades y servicios municipales, resulta imprescindible conocer cuál sea el mismo, con el fin de, como mínimo (véase el artículo 44.1), cubrirlo con el precio público. Esta exigencia se hace más explícita aún en el caso de que se decida, por razones sociales, benéficas, culturales o de interés público (artículo 44.2), que el precio público no cubra el coste, para conocer el modo (la consignación presupuestaria) en que haya de sufragarse la diferencia, decisión esta última que se reserva al Pleno de la corporación, o a su Comisión de Gobierno por delegación, y que nunca se permite a los organismos autónomos y consorcios cuando fijan el importe de los precios públicos que los financian. Por ello se exige a estos últimos que justifiquen, mediante el oportuno análisis económico, que los precios que proponen cubren el coste del servicio.

Por otro lado, se ha de tener presente que la Ley de Tasas y Precio Públicos de 1989 estableció en la disposición adicional séptima que lo previsto en su título III,

dedicado a los precios públicos, se aplica supletoriamente a la legislación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales sobre precios públicos en el ámbito de sus competencias. Pues bien, el artículo 26.2 dispone que el establecimiento y la modificación de la cuantía de los precios públicos debe ir acompañada de una memoria económico-financiera que justifique su importe y el grado de cobertura financiera de los costes correspondientes. Es verdad que esta norma, redactada conforme al artículo 2 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, es anterior al texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales aprobado en el año 2004, pero no lo es menos que la Ley 8/1989 ha sido objeto con posterioridad de numerosas modificaciones (la última mediante la Ley 10/2012, de 20 de noviembre), sin que el legislador haya visto la necesidad de modificar su disposición adicional séptima, circunstancia que evidencia que su voluntad sigue siendo que se aplique supletoriamente en materia de precios públicos a las normativas autonómicas y locales.

En cuanto al principio de especialidad que hace valer el Ayuntamiento de Xàtiva, debe precisarse que opera cuando la normativa especial contiene una regulación específica que se separa de la general, pero no en un caso como el presente en el que aquella primera lisa y llanamente guarda silencio, creando un vacío normativo que pone en marcha la aplicación de la norma supletoria.

Por lo tanto, debemos concluir, como con acierto hace la Sala de instancia, **que el establecimiento y la fijación (incluso la modificación) de un precio público local requiere una memoria económico-financiera que justifique su importe y el grado de cobertura de los costes correspondientes.**

A continuación el TS procede a despejar la segunda incógnita: ¿puede calificarse de tal el documento que obra en el expediente administrativo?

Consta de una estimación de gastos, que alcanza 567.484,41 euros (551.984,41 de personal, 13.500 por mantenimiento de las instalaciones, 800 por material técnico y específico, 700 de calefacción y 500 de seguros).

Como previsión de ingresos se contemplan 404.880 euros (242.900 obtenidos mediante un Convenio con la Generalitat Valenciana y 161.980 mediante precios públicos -el documento habla de tasas-), lo que implica admitir un déficit inicial de 162.604,41 euros, que representa un 30% del coste del servicio.

La Sala de instancia considera insuficiente tal documento, apreciación que este Tribunal Supremo comparte, además de por las razones ya expuestas en la sentencia recurrida (FJ 4º), que ahora hacemos nuestras, en particular, y esto debe ser subrayado, porque propone un precio público deficitario, sin especificar las razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que lo aconsejan (no bastan a estos efectos las explicaciones dadas *a posteriori* en el escrito de interposición de este recurso de casación) ni precisar el compromiso de consignar en los presupuestos las dotaciones oportunas para cubrir la diferencia. Actuando así, el Ayuntamiento recurrente infringió frontalmente una previsión específica de la normativa sobre las haciendas locales; el artículo 44.2 del texto refundido de 2004, lo que determina la nulidad radical de la modificación aprobada, pues son nulas de pleno derecho las disposiciones

administrativas que vulneren las leyes (artículo 62.2 de la Ley 30/1992), en cuanto desconocen el radical sometimiento a la ley de las Administraciones públicas y de sus productos, proclamado al más alto nivel por el artículo 103.1 de la Constitución de 1978.

El FJ 4^a de la Sala de instancia a que se refiere el TS, dice, entre otras cosas, lo siguiente:

“Expuesto el marco legal, la lectura de los folios 41 y 42 del expediente muestra la existencia de un pretendido informe económico de fecha 13-7-2010, sin autoría ni cualificación de su autor, en el que en dos folios se establece una previsión de gastos (567.484,41 euros) y de ingresos (358.600 euros), con un déficit propuesto del 30% (162.604,41 euros), al tiempo que se relacionan los nombres y salarios de los trabajadores del Conservatorio de Música (por 551.984,41 euros).

Pues bien, este informe es claramente insuficiente e injustificado, vulnera el artículo 26.2 de la LTPP, no está suficientemente motivado ni consta su autoría, implica cambios sobre el modelo del ejercicio anterior no justificados (en gastos e ingresos, en personal, mantenimiento de instalaciones y convenio con la Generalitat Valenciana), es un modelo de cuantificación aleatorio e injustificado en sus partidas y, principalmente, su déficit del 30% vulnera el principio de mínima equivalencia ingresos-gastos exigido por el artículo 25 de la LTPP y 44.1 del TRLHL, lo que permite apreciar su disconformidad a derecho y, por extensión, la regulación de la cuantificación del precio público y de la propia modificación de la Ordenanza.

A este respecto debe indicarse que la inexistencia, insuficiencia o error en el informe económico-financiero sobre el coste de la actividad no constituye un defecto de forma sino de fondo, por afectar a la validez de la propia Ordenanza, según ha tenido ocasión de señalar esa misma doctrina, al sostener que la ausencia o insuficiencia de la memoria económico financiera en estos casos es causa de nulidad absoluta, por aplicación del art. 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que las Ordenanzas Locales se justifican por su correcta elaboración, con sujeción a las reglas del TRLHL y de la LTPP”.

**CATASTRO. PROCEDIMIENTO DE VALORACIÓN CATASTRAL.
NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PONENCIAS: ACTOS
ADMINISTRATIVOS, NO DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL.
PRESUNCIÓN DE CERTEZA DE LA PONENCIA DE VALORES. INCUMBE
LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA INCORRECCIÓN DE LA VALORACIÓN
DE INMUEBLE AL INTERESADO**

*Sentencia de 5 de octubre de 2015 de la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso
Administración del Tribunal Supremo.*

Recurso de casación 3469/2013.

Ponente: Rafael Fernández Montalvo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana dictó sentencia, con fecha 15-03-2013, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del TEAC de 30-12-2009, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra notificación individual de valores catastrales respecto a inmueble sito en Beniparrell.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra dicha sentencia.

Dice la sentencia del TS que la jurisprudencia de esta Sala viene declarando de forma reiterada que las Ponencias de valores son actos administrativos y no disposiciones generales, debiendo señalarse al respecto que si tuvieran éste último carácter no serían impugnables ante los Tribunales Económico-Administrativos, tal como indicaba el artículo 70.3 de la Ley de Haciendas Locales (Ley 39/1988, de 28 de diciembre) y dispone el artículo 27.4 de la Ley del Catastro Inmobiliario (Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo), pues es sabido que los artículos 15 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre y 37 y 38 del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, se referían sólo a "actos impugnables"; e, igualmente, los artículos 213 y 227 LGT se refieren a "actos susceptibles de reclamación económico-administrativa", pero no atribúan ni atribuyen competencia a los Tribunales Económico-Administrativos para conocer de impugnación de disposiciones generales.

Y es que los actos de aprobación de las ponencia de valores, insertados en un procedimiento de determinación del valor catastral, tienen carácter general por su contenido y destinatarios, pero ello no les hace perder su carácter de ser consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico, por lo que no forman parte del mismo y no pueden equipararse a las disposiciones generales.

En todo caso, en las Sentencias de esta Sala de 7 de marzo y 7 de mayo de 1998 ya se señaló que *"los acuerdos que se adoptan en el seno de los Consorcios, para la Gestión e Inspección de las Contribuciones Territoriales, ahora en el Centro de Gestión Catastral, y Cooperación Tributaria, para elaborar y aprobar las ponencia que sirven para la fijación o revisión de los valores catastrales correspondientes a un municipio, son actuaciones administrativas de gestión de un tributo, dirigidas a determinar sus bases, que se materializan en las que afectan a cada sujeto pasivo y que pueden ser objeto de impugnación en vía económico administrativa y revisión jurisdiccional, al combatir dichas bases, ya lo sean con ocasión de su preceptiva notificación o, eventualmente, a través de la liquidación o, incluso puesta al cobro del recibo de la cuota resultante, si aquella notificación no se produjo en su momento, pero no tienen - las referidas actuaciones preparatorias de la determinación de bases- la condición de disposiciones generales que pretende atribuirle la apelante, por que, más allá del establecimiento concreto de las mismas, carecen de fuerza normativa externa a la propia Administración que las elabora"*.

La exclusión del carácter de disposiciones generales de las Ponencia de valores ha sido confirmada por Sentencias posteriores a las antes indicadas.

La Ley de Haciendas Locales y disposiciones de desarrollo establecen pues un sistema gradual para fijar los valores catastrales, procedimiento complejo, eminentemente técnico, en el que los interesados pueden defender sus derechos impugnando el valor básico del suelo, las valoraciones tipo de las construcciones y los índices, antes de que se fije concretamente el valor de sus respectivas fincas urbanas; método de valoración que a su vez constituye una limitación para la Administración Pública que posteriormente tiene que respetar y acoger.

Se trata de un procedimiento colectivo para determinar el valor catastral de los inmuebles urbanos, aplicando normas técnicas, que contienen conceptos, reglas y criterios que han de regir para la valoración, y estableciendo un cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones con la finalidad de calcularlos en actuaciones valorativas masivas, limitándose la valoración individualizada a la aplicación concreta, en cada caso, de los citados valores y criterios.

En definitiva, debe estimarse el segundo de los motivos de casación porque el recurso contencioso-administrativo de la instancia interpuesto contra la notificación individual del valor catastral no puede entenderse como impugnación indirecta de una disposición general. Primero porque el citado Real Decreto Legislativo por el que se aprueba la Ley del Catastro Inmobiliario califica la Ponencia como acuerdo de aprobación (art. 27.3.) Y segundo porque realmente tanto la elaboración de la Ponencia como la notificación individualizada forman parte del proceso de fijación de valores catastrales, en los términos expuestos, siendo impugnables por separado. El objeto pues de la impugnación de la valoración individualizada es, fundamentalmente, controlar si ha sido aplicada correctamente la Ponencia en el caso.

Los expresados razonamientos son suficientes para estimar el primero y segundo de los motivos de casación y anular y casar el pronunciamiento del fallo relativo a la ponencia de valores Beniparrell porque la Sala de instancia no tenía competencia para declarar su nulidad, y se trata de un acto cuya impugnación tiene un cauce procedimental expresa y legalmente previsto, sin que, en absoluto, sea aplicable el artículo 27.2 LJCA

El tercero de los motivos de casación afecta más específicamente a la "Notificación Individual de Valores Catastrales" impugnada en la instancia.

La jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión suscitada puede resumirse en los siguientes términos:

1º) Conforme a la Ley del Catastro Inmobiliario, la determinación del valor catastral de cada bien inmueble se inicia con la aprobación de la Ponencia de Valores. Aprobación de Ponencia de Valores y asignación individualizada del valor catastral a cada inmueble, son actos que, estrechamente relacionados, poseen sustantividad propia, por lo que lo procedente es, en principio, que los reparos que se tengan contra la Ponencia de Valores se hagan respecto de dicho acto.

2º) Sin embargo, cuando se individualiza cada valor catastral, y se notifica este, es cuando el interesado puede valorar los posibles defectos o vicios de la Ponencia de Valores que no se manifiestan más que cuando la misma se proyecta sobre el bien inmueble particular, por lo que no existe inconveniente jurídico alguno que al hilo de la fijación y notificación del valor catastral se extienda la impugnación a aquellos aspectos de la Ponencia de Valores defectuosos en cuanto tienen incidencia en la determinación individualizada del valor catastral.

3º) La Ponencia de Valores goza de presunción de certeza, por lo que corresponde a la parte recurrente desvirtuar la misma asumiendo la carga de la prueba para llevar al convencimiento del órgano jurisdiccional que se ha producido una incorrecta determinación del valor de mercado.

En el presente caso, en la demanda se alega la "ausencia de motivación suficiente y falta de justificación de los datos y criterios que soportan las decisiones con trascendencia valorativa". Y la expresada argumentación es acogida por la sentencia de instancia para fundamentar su fallo considerando que el estudio de mercado alega razonamientos genéricos como un sondeo general, examen de ofertas inmobiliarias, de bienes de segunda mano, información de prensa, internet etc. Y concluye el estudio con un cuadro comparativo, aunque sin el correspondiente respaldo documental de la obtención de esos valores que se fijan como definitivos.

Pues bien, el criterio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia manifestado en los términos expuestos parece incurrir en una doble contradicción. En primer lugar, reprocha al estudio de mercado falta de motivación cuando reproduce de manera parcial los datos tenidos en cuenta, que, en principio, han de considerarse idóneos y no señala las razones por los que entiende, sin embargo, que, en este caso, no son suficientes. En segundo término, el criterio de la instancia es contrario a la presunción de certeza de la Ponencia de Valores reconocida por nuestra jurisprudencia. Pues, conforme a ella, es la parte demandante quien debe asumir la carga de la prueba que acredite la incorrecta determinación del valor catastral que resulta de la Ponencia por ser realmente superior al valor de mercado.

En los autos, el Tribunal Económico- Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana señaló con base en los arts. 105 y 214 de la LGT, que incumbía la carga de la prueba de los hechos en que fundaba su derecho a la parte que pretendía hacerlos valer, siendo insuficiente la simple manifestación de disconformidad de la impugnante con el método de valoración catastral.

En tales circunstancias, era, sin dudas, a la parte demandante a la que correspondía, en sede judicial, acreditar la incorrección del valor catastral asignado a su inmueble. De manera que, la afirmación de su disconformidad debió ir acompañada de los medios de pruebas adecuados y suficientes. Y lo cierto es que en el proceso la parte actora, aunque pidió y se acordó la ampliación del expediente administrativo, no solicitó el recibimiento del recurso a prueba ni se practicó prueba alguna. Resulta, por ello, evidente que el Tribunal de instancia debió atender a la presunción de certeza de los datos de la ponencia de valores, porque la parte actora prescindió voluntariamente de los

trámites que podían haberla desvirtuado mediante la utilización de aquellos medios de prueba que sometieran a debido contraste los datos utilizados por el Catastro.

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LEGITIMACIÓN DE UNA CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS PARA IMPUGNAR UN PLIEGO DE CLÁUSULAS DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO. PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS: CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Sentencia de 9 de octubre de 2015 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administración del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 2505/2014.

Ponente: José Díaz Delgado.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña dictó sentencia de fecha 23-04-2014 por la que estimó el recurso interpuesto frente a desestimación de recurso especial en materia de contratación promovido contra pliego de bases de contrato de ejecución de obras de construcción de nuevo centro de atención primaria.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación y confirma la sentencia recurrida.

El objeto del recurso, según la sentencia de instancia, fue la resolución de 4 de noviembre de 2011 del Conseller d'Economia i Coneixement de la Generalitat de Catalunya, que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el pliego de bases que debía regir la licitación y ejecución del "contrato de ejecución de las obras de construcción del nuevo centro de atención primaria "Ronda Prim" de Mataró". La entidad recurrente considera que las previsiones del pliego relativas al plazo de pago y al tipo de interés contravienen tanto la Ley de Contratos del Sector Público como la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, Ley de morosidad. En tal sentido, se sostiene que el hecho de que el contratista conceda a GISA (hoy Infraestructuras de la Generalitat de Catalunya S.A.U.) un crédito por un importe equivalente al 100% del precio de la obra, que además se amortiza en cinco anualidades, no tiene otra finalidad más que la de orillar la prohibición de pago aplazado, al tiempo que comporta el abono de un interés financiero inferior al de demora establecido por la ley, por lo que se trata de cláusulas abusivas, que son nulas según el artículo 9º de la Ley de morosidad. Además de ello, la actora considera que dichas medidas infringen el principio de igualdad de trato, en la medida en que sólo las empresas con capacidad de financiación podrán tomar parte en la licitación.

En primer lugar se planteó cuestión de legitimación activa, pues la entidad recurrente fue la Confederación de la Construcción, mientras que el texto de la Ley de Contratos del Sector Público a la sazón, entonces el artículo 312, en la actualidad el 42

del Texto Refundido, establecía que sólo podía interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Sin embargo, en el presente caso, ni la Confederación recurrente ni las asociaciones empresariales que la integran podían tomar parte en la licitación objeto de este recurso, de modo que no podían verse perjudicadas por el contenido del pliego de condiciones que se impugna.

La Sala de instancia declaró al respecto que el presupuesto procesal de la legitimación ha de ser interpretado con flexibilidad y con la finalidad de lograr una completa y plena garantía jurisdiccional por parte de los litigantes, en coherencia con el derecho a la tutela judicial efectiva preconizado en el artículo 24.1 de la Constitución, y que para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta no sólo el contenido del precepto de la Ley de Contratos del Sector Público a que se ha hecho referencia, sino también lo dispuesto en el artículo 19.1.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a cuyo tenor están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo *"las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos"*. Sobre la legitimación para la defensa de intereses colectivos, la jurisprudencia ha precisado que se hallan facultadas para interponer recurso aquellas entidades que, por disposición legal o atribución estatutaria, tienen por objeto la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos o de cualquier otro tipo de sus asociados, de modo que su intervención es posible, aunque se impugnen actos singulares, cuando su contenido incida negativamente en la esfera de los intereses del colectivo. Por el contrario, faltará la legitimación necesaria cuando se trate del ejercicio de derechos e intereses personales e individuales de los asociados. En consecuencia, la Sala consideró que aplicando a este caso la indicada doctrina jurisprudencial, debe considerarse que una asociación empresarial se halla plenamente legitimada para impugnar el contenido de las bases de una licitación, cuando imponga condiciones que se consideren lesivas para los intereses de los empresarios concurrentes, sean éstos cuales fueren, y con ello se incide negativamente en los intereses colectivos del sector económico de que se trate. La única peculiaridad que presenta este caso respecto de los anteriores consiste en que la recurrente es una Confederación, es decir, una agrupación empresarial de segundo grado que, según el artículo 6º de sus estatutos, se halla integrada por otras organizaciones profesionales, ya sean sectoriales o territoriales. Sin embargo, esta circunstancia no resulta susceptible de modificar las anteriores conclusiones. El hecho de que la Confederación no agrupe directamente a los empresarios de la construcción, sino a las asociaciones sectoriales y territoriales correspondientes, no excluye que la misma tenga por objeto velar por los mismos intereses profesionales, de modo que puede asumir sin dificultad la defensa en juicio de los intereses colectivos de los empresarios integrados en sus organizaciones afiliadas. Así resulta del artículo 3.h) de sus estatutos, que incluye como uno de los objetivos de la Confederación *"cualquier otro fin que redunde en beneficio de sus miembros y de la economía del sector subordinando en todo momento los intereses particulares a los comunes"*. Esta defensa de la economía del sector como

uno de los fines de la Confederación recurrente le otorga legitimación para impugnar las prescripciones del pliego de bases objeto de este proceso, en la medida en que considere que alguna de sus cláusulas sea lesiva para los empresarios del ramo de la construcción que tomen parte en la licitación.

Entrando en el fondo de la cuestión, mientras que a recurrente sostuvo en la instancia que estas cláusulas contravienen la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley de morosidad, al tiempo que son abusivas, además de contravenir el principio de igualdad de trato, las demandadas defienden que los pagos se realizan en todo caso dentro del plazo legal, ya sea mediante transferencia bancaria en la cuenta del contratista, o bien disponiendo del crédito concedido por aquél, que generará un interés financiero, y no el interés legal de demora.

La Sala de instancia declaró que no existe discusión entre las partes acerca de la aplicabilidad al caso de autos de la Ley de morosidad, y que siendo clara e indiscutida la aplicación al supuesto litigioso de la Ley de morosidad, ha de concluirse que existen tres preceptos de la misma que resultan de especial relevancia para la resolución del proceso.

En primer lugar, el artículo 4.1.a), según el cual el plazo de pago que debe cumplir el deudor será el de sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Con independencia del debate acerca de si resulta o no aplicable preferentemente el plazo de 30 días que prevé el artículo 200.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, lo relevante es que el plazo de pago "no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes", según la modificación operada por la Ley 15/2010, de 5 de julio. Ha desaparecido, pues, la referencia a la voluntad contractual que se contemplaba anteriormente en la Ley de morosidad. Los plazos de pago son, desde entonces, indisponibles por las partes.

En segundo lugar, el artículo 9.1 dispone que serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en los artículos 4.1 y 7.2, respectivamente, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso.

En tercer lugar, el propio artículo 9.1 establece que, para determinar si una cláusula es abusiva, se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor.

No cabe duda que las cláusulas impugnadas persiguen la finalidad de posponer el pago al contratista del precio del contrato, más allá de los plazos establecidos como indisponibles en la Ley de morosidad. Se acude para ello al expediente de convertir al deudor en concedente de un crédito a GISA por el importe del 100% de la obra, que se amortiza en cinco anualidades y que genera un tipo de interés máximo del Euribor + 4.

Resulta evidente que el plazo en que se producirá el pago efectivo (hasta 5 años) supera lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley de morosidad, y que el tipo de interés

aplicable al crédito concedido por el contratista es inferior al interés de demora que prevé el artículo 7.2 de la propia Ley.

En consecuencia, se trata de cláusulas abusivas, en los términos previstos en el artículo 9.1 de la Ley de morosidad, en la medida en que proporcionan al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor. En definitiva, no existe otro motivo que pueda justificar estas cláusulas, más que el establecimiento de unas condiciones de pago, en cuanto al plazo y al tipo de interés, que perjudican al contratista respecto de la aplicación de las legalmente establecidas. Además, estas condiciones se establecen en claro perjuicio del contratista-creedor y en beneficio unilateral del deudor, puesto que no existe contrapartida alguna, en términos jurídicos, que compense la renuncia al cobro de lo adeudado en la forma legalmente establecida.

Por todo ello, debe concluirse que las cláusulas litigiosas son nulas de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley de morosidad, por lo que procede la estimación íntegra del presente recurso.

En la sentencia del TS que nos ocupa, éste declara que del contenido de la sentencia se desprende claramente que la misma contempla los argumentos en que la recurrente sostiene la validez del acuerdo, de un lado la aplicación de la ley de morosidad, si se incumple el plazo establecido legalmente para el abono de las certificaciones, pero al mismo tiempo admitiendo la legalidad de la exigencia del crédito al que podría acogerse la contratante. Lo que ocurre es que la sentencia rechaza esta interpretación al considerar que la cláusula antes mencionada es abusiva y por lo mismo contraria a derecho.

En cuanto al plazo para el abono de las certificaciones, sea de 30 o 60 días, el hecho de que la sentencia orille este debate no puede considerarse como incongruente, pues evidentemente no se trata de determinar el plazo de cumplimiento, sino si es válida la cláusula que permite incluir un crédito obligatorio por el cien por cien de la obra a cargo del contratista.

COMPETENCIAS DE LOS TÉCNICOS DE EDIFICACIÓN. PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE PISTA POLIDEPORTIVA.

Sentencia de 19 de octubre de 2015 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administración del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 1482/2013.

Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó Sentencia, en fecha 26-02-2013, desestimatoria del recurso deducido contra la desestimación presunta por silencio administrativo, del recurso de alzada

formulado por el Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas contra una Resolución del jefe de Sección de Gestión Deportiva de la Consejería de Jóvenes y el Deporte de la Junta de Extremadura de 16-06-2010, que rechaza un proyecto de construcción de pista polideportiva cubierta por considerar que el técnico firmante, Ingeniero Técnico de Obras Públicas, carece de competencia para la redacción del proyecto.

La sentencia del TS declara no haber lugar al recurso.

Los motivos de casación relativos al fondo del litigio giran en torno a un mismo eje argumental: que la redacción del proyecto de una pista polideportiva cubierta no es de la competencia exclusiva de los arquitectos, pudiendo suscribir el proyecto otros titulados, y, en concreto, los ingenieros técnicos de obras públicas.

La sentencia del TS declara que la sentencia recurrida no atribuye de manera exclusiva a los arquitectos la redacción de un proyecto como el aquí controvertido, pues, después de reseñar la jurisprudencia que rechaza la existencia de monopolios competenciales en favor de una u otra titulación, la Sala de instancia admite, citando al efecto la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2012 (recurso de casación para unificación de doctrina 321/2010), que el proyecto de construcción de un polideportivo venga redactado por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Por tanto, la Sala de instancia no declara en términos absolutos una competencia exclusiva de los arquitectos; lo que afirma la sentencia recurrida es que el proyecto al que se refiere el litigio está redactado por un Ingeniero Técnico de Obras Públicas y que por ello no es trasladable a este caso la solución adoptada en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2012. Hecha esa puntualización, procede recordar que la jurisprudencia de esta Sala relativa a las competencias de las profesiones tituladas, afirma la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencia.

Como la sentencia recurrida se encarga de señalar, el artículo 2.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación distingue entre los edificios en función del uso principal al que vaya destinado. El precepto es del siguiente tenor literal:

“1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores”.

La obra a que se refiere la controversia -pista polideportiva cubierta- no está expresamente contemplada en ninguna de los apartados del precepto que acabamos de transcribir, pero compartimos el parecer de la Sala de instancia cuando incardina la pista polideportiva cubierta en el apartado a), que incluye la edificaciones cuyo uso principal sea, entre otros, el docente y *cultural*. Tal incardinación procede no solo por exclusión de cualquier posible encuadramiento en los apartados b) y c) del artículo 2.1 sino también por asimilación conceptual entre lo deportivo y lo cultural y el propio destino de la edificación de que se trata -pista polideportiva cubierta-, que sin ser residencial está llamada a cobijar tanto a los participantes en las actividades deportivas como a los espectadores. Y aceptada esa categorización, es obligado señalar el distinto tratamiento que establece el artículo 10 de la propia Ley de Ordenación de la Edificación en cuanto a la titulación habilitante para la redacción de proyectos de una u otra clase. Así, cuando se trata de proyectos que tengan por objeto las edificaciones enumeradas en los apartados b) y c) del citado artículo 2.1 establece que “... *la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas*”; en cambio, cuando se trata de proyectos para edificaciones comprendidas en el apartado a) “... *la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto*” (artículo 10.2.a) de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación).

Siendo ello así, debe ser desestimado el motivo de casación segundo, en el que, como vimos, se alega la infracción del artículo 2.1.b) y c) en relación con el artículo 10, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, pues la respuesta dada en la sentencia recurrida, al negar que un Ingeniero Técnico de Obras Públicas tenga competencia para la redacción del proyecto al que se refiere el litigio, no puede considerarse vulneradora de tales preceptos. Y tampoco pueden considerarse vulnerados los artículos 12 y 13 de la misma Ley de Ordenación de la Edificación, pues el litigio no versaba sobre la titulación requerida para la "dirección de la obra" y para la "dirección de la ejecución de la obra" -actividades a las que se refieren los citados artículos 12 y 13, respectivamente- sino que tanto el acto administrativo impugnado en el proceso y como la sentencia ahora recurrida en casación se centran en la titulación habilitante para la "redacción del proyecto", siendo el artículo 10 de la Ley de Ordenación de la Edificación el que se refiere a esta figura del *proyectista* con los requerimientos de titulación -distintos según el caso de que se trate- a los que ya nos hemos referido.

Es cierto que la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 19 de enero de 2012 (recurso de casación para unificación de doctrina 321/2010) reconoce la capacidad técnica de los Ingenieros de Caminos para la redacción del proyecto de un polideportivo; pero la existencia de ese pronunciamiento no permite afirmar que la sentencia recurrida haya vulnerado la jurisprudencia, pues existen otros pronunciamientos de esta Sala, como son las sentencias de la Sección Séptima de 22 de marzo de 2002 (casación 2147/1995) y de esta Sección Tercera de 6 de marzo de 2011

(casación 838/1994) que han negado que los Ingenieros -en esos casos se trataba de Ingenieros Industriales- tuviesen capacidad técnica para proyectar centros educativos.

Es oportuno recordar que, como señalan sentencias del TS, cuando se denuncia la infracción de jurisprudencia ha de hacerse un análisis comparativo entre las sentencias del Tribunal Supremo que se traen a colación y la aplicación del ordenamiento jurídico realizado por el Tribunal "a quo" para poner de relieve la vulneración en que incurre la sentencia recurrida. Por lo demás, esta exigencia de análisis comparativo opera de forma necesariamente más intensa cuando se trata, como aquí sucede, de materias eminentemente casuísticas, pues en estos casos la interpretación y aplicación del derecho viene particularmente apegada a las circunstancias del caso concreto, cuya apreciación puede determinar la procedencia de soluciones distintas sin que por ello exista contradicción.

En este sentido el Colegio recurrente no ha realizado ese análisis comparativo al que alude la jurisprudencia, especialmente requerido, según hemos visto, en una materia tan casuística como ésta. Y, desde luego, el hecho de que exista la sentencia que se cita, en la que se reconoce la capacidad técnica de los Ingenieros de Caminos para la redacción del proyecto de un polideportivo, no permite trasladar de manera automática el mismo reconocimiento a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas; sobre todo teniendo en cuenta que existen otros pronunciamientos, a los que antes nos hemos referido, que han negado a los Ingenieros (Industriales) capacidad técnica para proyectar centros educativos.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SERVICIO DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS URBANOS PRESTADO POR CONSORCIO PROVINCIAL. PRESTACIÓN UNILATERAL DEL SERVICIO POR LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL. PREVISIÓN DE ORDENANZA FISCAL DE LA DIPUTACION PROVINCIAL REGULADORA DE TASA PROVINCIAL DEL SERVICIO. ENCOMIENDA TÁCITA. NULIDAD.

Sentencia 1571/2015 de 14 de septiembre de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administración del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada.

Recurso 366/2013.

Ponente: José Antonio Santandreu Montero.

El Ayuntamiento de Maracena interpuso el presente recurso contra el acuerdo plenario de la Diputación Provincial de Granada de 21 de diciembre de 2012 que acordó la aprobación de la Ordenanza reguladora de la Prestación del Servicio de Tratamiento de Tratamientos de Residuos Sólidos Urbanos o Municipales por la Diputación Provincial de Granada, y que se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia número 40, del día 1 de marzo de 2013.

El sustrato del recurso fue que no es conforme a derecho la forma en que la Diputación asumió la prestación del referido servicio.

En el expediente al que pone fin el acuerdo recurrido, consta que la deficiente gestión de cobros llevada a cabo por los responsables de las anteriores Corporaciones provinciales en el Consorcio Provincial de Residuos Sólidos Urbanos, Resur Granada, hizo que ascendiera a cantidades importantes tanto la deuda de los Ayuntamientos con el Consorcio, como la de éste, en consecuencia, con la empresa concesionaria del servicio, Construcciones y Contratas, S.A. Por ello la Diputación Provincial planteó la iniciativa de establecer una tasa provincial cuyo sujeto pasivo serían los vecinos de la provincia, y que fueran estos los que proporcionaran directamente al Consorcio los ingresos necesarios; sin embargo la iniciativa no fue respaldada por la Asamblea General del Consorcio, y la Diputación adoptó unilateralmente el acuerdo recurrido. El acuerdo recurrido, además, aprueba que hasta tanto la Diputación Provincial de Granada no comience a prestar de manera efectiva el servicio de tratamiento de residuos sólidos urbanos o municipales creado por el referido acuerdo, se establece un período transitorio durante el cual el Consorcio seguirá prestando ambos servicios en los mismos términos en que hasta el momento lo ha venido haciendo, posponiendo incluso la eficacia de la disolución del Consorcio, acordada en sesión de 3 de diciembre de 2012, hasta el día en que la Diputación comunique fehacientemente al Consorcio que está en disposición de comenzar la prestación de dicho servicio.

La Diputación, una vez tomó el acuerdo de prestar ese servicio, distribuyó entre los diversos municipios de la provincia de Granada ejemplares de un convenio de encomienda de gestión, que firmaron una serie de municipios en tanto que otros, entre ellos el impugnante, formuló alegaciones a su contenido que fueron desestimadas por la Diputación que los requirió para que procedan a ajustar sus encomiendas a los términos aprobados por el Acuerdo del Pleno de la Diputación de 21 de diciembre de 2012, con la advertencia que de no hacerlo, la Diputación cuando empezara a prestar el servicio, lo haría por sustitución en esos Ayuntamientos.

Además, el Ayuntamiento demandante en el presente recurso aducía en apoyo de su pretensión, que la Diputación Provincial carecía de competencia para establecer una tasa por la asunción de la prestación de un servicio de competencia municipal como es el de tratamientos de residuos municipales de la Provincia de Granada.

De lo expuesto, es claro, a criterio de la Sala, que el servicio que prestaba el Consorcio para el tratamiento de residuos sólidos urbanos o municipales no dejó de prestarse, lo que ocurrió es que dejó de recaudarse su importe, de ahí que los Ayuntamientos adeudaran la cantidad antes citada al Consorcio, y como consecuencia, éste deviniera en deudor de la empresa concesionaria del servicio.

EL TSJA procede a analizar si existe una norma que faculte a la Diputación a asumir la prestación del referido servicio, y, en su caso, los presupuestos habilitantes para ello.

La normativa de aplicación, dice la sentencia, es la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de régimen Local en su redacción anterior a las modificaciones introducidas en ella por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, así como la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía.

Tanto el artículo 26.1 a) de la LRBRL, como el artículo 9.6 de la LAULA, establecen como competencia propia de los municipios andaluces la ordenación, gestión, prestación y control de los servicios de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos o municipales, así como la planificación, programación y disciplina de la reducción de la producción de residuos urbanos o municipales, considerando ese servicio como de servicio público básico, a tenor de lo establecido en el artículo 31.2 de la Ley 5/2010, puesto en relación con el artículo 92.2 d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Un servicio de esa índole alcanza la naturaleza de obligatorio de acuerdo con el artículo 12.5 de la Ley 20/2011, de 28 de julio de Residuos y Suelos Contaminados y el artículo 9 de su Reglamento, aprobado por Decreto 73/2012, de 20 de marzo, así como el artículo 31.2 y 3 de la Ley 5/2010.

Como consecuencia de ello, el artículo 14.1 de la LAULA, establece que la Provincia prestará los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio cuando este lo solicite, añadiendo que corresponderá a la Provincia la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su servicio. De igual manera el apartado 3 del citado precepto estatuye que,

sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, en el caso de que un municipio incumpla su obligación de prestar los servicios básicos, la Diputación Provincial, previo requerimiento, actuará por sustitución.

De cuanto antecede resulta palmario que un servicio como el que nos ocupa es básico y obligatorio y en el caso de que no lo pueda desempeñar el municipio, la Provincia pueda prestarlo bien a petición de aquél a través de la encomienda de gestión o por el contrario por el mecanismo de sustitución a iniciativa ahora de la Diputación cuando, habiendo requerido al Ayuntamiento para que lo cumpla, constata que éste no lo presta y que ha desatendido el requerimiento para su prestación.

Comprobada la existencia de base normativa para dicha asunción, debemos examinar si se daban los presupuestos para que la Diputación asumiera la gestión de ese servicio.

Además, de la lectura del artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta que la encomienda de gestión es un mecanismo de colaboración entre Administraciones públicas, a través del cual se trata de hacer compatible la irrenunciabilidad de las competencias que tienen atribuidas como propias las diferentes entidades públicas, con la carencia de los medios materiales necesarios para su ejercicio o para conseguir una mayor eficacia en su gestión.

Ello denota que: a) en el haz de competencias originarias conferidas legalmente a la Diputación no figura la de la gestión y transporte de residuos sólidos urbanos, que sí tienen reconocidas legalmente los ayuntamientos; b) la ventaja o beneficio de la prestación de ese servicio es recibida por los Ayuntamientos que se les dispensa de su prestación, recibiendo, empero, el servicio; c) no se acredita que la Diputación contara con presupuesto para atender los gastos de la encomienda, y d) hasta el instante de la adopción del acuerdo impugnado, la gestión de cobro y, en su caso, pago al Consorcio, no fue suficientemente satisfactoria vista la cantidad que adeudaban los Ayuntamientos tanto al citado Consorcio, como a la empresa prestataria del servicio.

El artículo 2 de la Ordenanza que se impugna describe como usuarios del servicio a los municipios cuyos Ayuntamientos no puedan prestar el servicio en caso de solicitud voluntaria por parte éstos ante la insuficiencia o incapacidad para prestarlos, añadiendo en su número 3, respecto de los que no habiéndolo solicitado y no hayan aceptado el requerimiento efectuado por la Diputación que asumirán todos los derechos y obligaciones, incluidos las de naturaleza tributaria, que de la prestación del servicio por parte de la Diputación Provincial se deriven, según la normativa vigente. En el mismo precepto se incluyen a los beneficiarios, que serán, así se los configura, los sujetos pasivos de la tasa.

El artículo 6 establece que el servicio se financiará mediante las cuotas tributarias abonadas por los sujetos pasivos de la tasa provincial que se establezca, en los términos que determine la correspondiente Ordenanza Fiscal Provincial reguladora de la tasa por la prestación del servicio de tratamiento de residuos sólidos o municipales en la Provincia de Granada, añadiendo en su número 3 que igualmente la Ordenanza Fiscal

podrá articular un mecanismo que jurídicamente permita que las cuotas tributarias correspondientes puedan ser abonadas por los beneficiarios directos del servicio de tratamiento de residuos sólidos urbanos o municipales.... o por los propios Ayuntamientos delegantes en la totalidad correspondiente a dicho municipio. Por su parte en el artículo 8 en donde se regulan las facultades y potestades inherentes al ejercicio del servicio, dispone en su número 2 que la Diputación Provincial de Granada ostentará entre otras las siguientes potestades b) las potestades tributaria y financiera.....

Del acuerdo cuestionado, se desprende, que dado que la Diputación iba a gestionar la prestación de ese servicio, debía establecer la forma de su financiación y para ello acudió, como finalmente hizo, a la aprobación de una Ordenanza provincial que imponía la tasa como medio de sufragar el coste de la prestación de ese servicio.

Es decir que sin que se le atribuyese de manera expresa por parte de los Ayuntamientos en la encomienda de gestión la delegación expresa de la facultad de aprobar una tasa como la que nos atañe, la Diputación se arroga, artículo 8 de la Ordenanza, esa competencia tributaria que se plasmaría en la correspondiente ordenanza fiscal aprobada por la Diputación, cuestión de la que discrepa la Administración recurrente porque considera que esa posibilidad, la financiación a través de la imposición de una tasa es competencia propia del Ayuntamiento y en cuanto que el Ayuntamiento como entidad encomendada o delegante no se la transfirió de forma expresa, no podía ejercerla la Diputación.

La Sala precisa que no se está cuestionando la facultad de la Diputación para establecer tasas con las que financiar los servicios que son propios de su competencia, sino que la tuviera para la aprobación de una tasa como la descrita y sin que mediara la delegación expresa de esa competencia por parte de los Ayuntamientos.

Y no tiene cabida, esa posibilidad al amparo del artículo 14 de la LAULA, ya que cuando establece que corresponderá a la provincia la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su ejercicio, está aludiendo a la gestión del servicio, es decir, la elección de la forma en que se puede llevar a cabo así como a la realización de los trámites administrativos que debieran concluir en la concreción precisa de la modalidad de esa gestión, condiciones, duración...., pero no está autorizando, al hilo de esa expresión, que la Diputación se arrogue la facultad tributaria de establecer una tasa para su financiación.

Sobre la competencia de la Diputación para el establecimiento y exigencia de una tasa, a través de cuyos ingresos fuera posible la financiación del servicio de tratamiento de residuos urbanos, ya se ha indicado, que las disposiciones legales vigentes al momento de entrar en vigor la Ordenanza Provincial, no le reconocían esa competencia y como tampoco le fue conferida por quien era su titular, los Ayuntamientos, es por lo que resulta inapropiada la utilización de la potestad tributaria de la Diputación para el establecimiento de la referida tasa.

Resulta esclarecedor en este aspecto, aunque no sea aplicable al caso de autos, ya que entró en vigor el 30 de diciembre de 2013, las modificaciones introducidas en la LAULA por la Ley 27/2013, al artículo 26, conforme a las que el servicio de

tratamientos de residuos urbanos pasa a ser competencia de la Diputación para Municipios con una población inferior a 20.000 habitantes, señalándose en dicho precepto que en esos casos, la Diputación repercutirá en los Municipios el coste del servicio prestado, añadiendo *"si estos servicios estuviesen financiados por tasas y asume la prestación la Diputación o entidad equivalente, será ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios"*. De donde se desprende que, incluso en estos casos a los que la Ley se refiere, la Diputación carece de potestad tributaria para el establecimiento de la tasa con que se financia el servicio de tratamiento de residuos urbanos, puesto que solo legalmente le está permitido, bien repercutir a los Ayuntamientos el coste del servicio por ella prestado, bien recibir los ingresos de la tasa correspondiente que haya sido establecido por los Ayuntamientos que le encomiendan el servicio.

De todo ello cabe concluir que en el caso de autos, la asunción en la forma que lo hizo la Diputación del servicio tan mencionado no implicaba la atribución a la Diputación de la potestad tributaria para el establecimiento de la tasa con que financiar aquél servicio.

En consecuencia, el TSJA estima el recurso.