

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VUELVE A PRONUNCIARSE SOBRE LA ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE LA REFORMA DE LA LEY 7/1985 DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DE RÉGIMEN LOCAL, EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL, EN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Sentencia número 111/2016 del Pleno del Tribunal Constitucional de 9 de junio.

Recurso de inconstitucionalidad 1959/2014.

Ponente: Antonio Narváez Rodríguez.

El Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, interpone **recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 2 (nueva redacción al artículo 3.2 de la LRBRL), 3 (art. 7), 5 (art. 13), 7 (art. 24 bis), 8 (art. 25), 9 (art. 26), 13 (art. 36), 17 (art. 57 bis), 18 (art. 75 bis), 19 (art. 75 ter), 21 (art. 85), 30 (art. 116 bis), 31 (art. 116 ter), 36 (disposición adicional novena) y 38 (disposición adicional decimosexta) del art. 1, el art. 2.2 (nueva redacción del artículo 213 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) y las disposiciones adicionales octava, undécima y decimoquinta, transitorias primera a cuarta y final primera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local.**

El recurso se fundamenta en la vulneración de las competencias autonómicas, la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156 CE), la autonomía local (arts.137, 140 y 141 CE), el principio de lealtad institucional y otros preceptos constitucionales (arts. 135.5 y 23, en conexión con arts. 1.1 y 9.2).

El TC da por reproducidos los fundamentos de derecho de su reciente sentencia 41/2016, de 3 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura, recurso 1792/2014, y cuyo texto de la sentencia hemos reproducido íntegramente el número anterior de la Revista por lo que nos remitimos a la misma.

El TC falla:

Primero.- Declara extinguida, por pérdida sobrevenida de objeto, la impugnación del artículo 57 bis de la LRBRL, así como de las disposiciones adicional undécima y

transitorias primera, segunda y tercera, así como del inciso “Decreto del órgano de gobierno de” incluido en la disposición transitoria cuarta.³ de la Ley 27/2013, puesto que estas disposiciones fueron ya declaradas inconstitucionales por la Sentencia de este Tribunal, número 41/2016.

Segundo.- **Declarar inconstitucionales y nulos:**

a) **Los siguientes incisos del art. 26.2 de la LRBRL en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013: “al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas” y “para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera”.**

La razón, según la sentencia es que dicha redacción vulnera las competencias que tienen estatutariamente atribuidas las Comunidades Autónomas. En efecto, el artículo 149.1.18 de la Constitución autoriza al Estado a adoptar normas, pero sin agotar la disciplina. La competencia alcanza solo a la regulación, y ni siquiera toda ella; está limitada a las bases y no a la función ejecutiva. Consecuentemente, el art. 26.2, párrafo segundo LRBRL, al atribuir la indicada función al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, no puede ampararse en este título competencial.

b) **La disposición adicional decimosexta de la LRBRL, introducida por el art. 1.38 de la Ley 27/2013.**

Esta disposición es del siguiente tenor literal:

“1. Excepcionalmente, cuando el Pleno de la Corporación Local no alcanzara, en una primera votación, la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos prevista en esta Ley, la Junta de Gobierno Local tendrá competencia para aprobar:

a) ***El presupuesto del ejercicio inmediato siguiente, siempre que previamente exista un presupuesto prorrogado.***

b) ***Los planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.***

c) ***Los planes de saneamiento de la Corporación Local o los planes de reducción de deudas.***

d) ***La entrada de la Corporación Local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y, en particular, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a Entidades Locales con problemas financieros.***

2. La Junta de Gobierno Local dará cuenta al Pleno en la primera sesión que se celebre con posterioridad a la adopción de los acuerdos mencionados en el apartado anterior, los cuales serán objeto de publicación de conformidad con las normas generales que les resulten de aplicación”.

La razón la explica la sentencia al decir que al hurtar al pleno –como órgano constitucionalmente necesario de los ayuntamientos y diputaciones– de tareas sumamente trascendentes, dotadas de una “conexión especial” con la democracia, y al respecto la doctrina constitucional ha hablado en este sentido de una “conexión especial entre el presupuesto y la democracia”, refiriéndose específicamente a la democracia parlamentaria, y al atribuirles la disposición adicional decimosexta de la LRBRL a la junta de gobierno –como órgano eventual, carente de relieve constitucional y configurado legalmente con marcado “carácter ejecutivo”–, dicha disposición adicional decimosexta ha impuesto un sacrificio a un principio medular, definitorio de la propia autonomía local (arts. 137 , 140 y 141 CE) y de la competencia estatal misma que da cobertura a la intervención legislativa (art. 149.1.18 CE); un principio constitucionalmente proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico. No se trata de negar la legitimidad democrática o la capacidad representativa con que también cuenta, naturalmente, la junta de gobierno local. Se trata de constatar que la disposición adicional decimosexta LRBRL afecta singularmente a dos dimensiones del principio democrático: de un lado, la dimensión que exige tendencialmente que las decisiones vinculadas al destino de la comunidad sean tomadas conforme al principio mayoritario por órganos colegiados de naturaleza representativa; y, de otro, la que garantiza, también tendencialmente, que, en el marco de procedimientos deliberativos, la minoría pueda formular propuestas y expresar su opinión sobre las propuestas de la mayoría, sin predeterminedar necesariamente resultados, pero con la posibilidad abstracta de influir en ellos.

Ahora bien, el TC acota los efectos de esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad a partir de la publicación de la Sentencia, sin que, por tanto, resulten afectados por ésta los presupuestos, planes y solicitudes ya aprobados por juntas de gobierno locales ni los actos sucesivos adoptados en aplicación de los anteriores, hayan o no devenido firmes en la vía administrativa.

c) El inciso “El Consejo de Gobierno de” incluido en el segundo párrafo, *in fine*, del art. 97 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 27/2013.

La razón es que la referencia a un concreto órgano autonómico –en este caso la indicación de que corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma la aprobación del régimen de monopolio acordado por el ente local para la gestión de actividades reservadas conforme al art. 86.2 LRBRL–, vulneraría la potestad autonómica de autoorganización.

Tercero.- Declarar que los arts. 36.1 g) y 36.2 a), segundo párrafo, de la LRBRL, en la redacción introducida por el art.1.13 de la Ley 27/2013, no son inconstitucionales interpretados en los términos de los fundamentos jurídicos 11 y 12 c), respectivamente, de esta Sentencia.

El artículo 36.1 g) atribuye a la diputación provincial, como competencia propia, *“la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes”*.

El fundamento jurídico 11 dice que, en definitiva, se trata de que la diputación provincial cumpla su función institucional más característica prestando apoyo a estos municipios en las tareas que desempeñan relacionadas con la contratación y la llamada administración electrónica. Solo en este sentido, que se desprende naturalmente de interpretación conjunta de los artículos 31.2 a) y 36.1 g) de la LRBRL, puede entenderse el precepto impugnado. Pero en modo alguno cabe entender que la previsión impugnada en modo alguno transfiere en bloque a la diputación provincial toda la prestación de servicios de administración electrónica y de la contratación de municipios de menos de 20.000 habitantes; una traslación semejante, general e indiscriminada, ni la pretende el legislador ni resultaría compatible con la potestad de autoorganización inherente a la autonomía constitucionalmente garantizada a todos los municipios (art. 137 CE), también a los de menores dimensiones. En realidad, el art. 36.1 g), se ha limitado a incluir atribuciones nuevas que especifican la más general de «asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión», que estaba –y sigue– estando prevista como base del régimen local, art. 36.1 b). Hay que tener en cuenta, además, que el art. 31.2 a) LRBRL dispone como fines propios y específicos de las diputaciones provinciales los de *“garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales”* y, de modo particular, el de *“asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal”*. Por ello, lo que pretende el precepto es dar efectividad a la prestación de unos servicios que exigen la aplicación de tecnología informática (en el caso de la administración electrónica) o técnico-jurídica (en el supuesto de la contratación centralizada) que los municipios de pequeña o mediana población (hasta 20.000 habitantes), pueden no estar en condiciones de asumir.

El artículo 36.2 a) de la LRBRL, por su parte, dispone lo siguiente:

2. A los efectos de lo dispuesto en las letras a), b) y c) del apartado anterior, la Diputación o entidad equivalente:

a) Aprueba anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los Municipios de la Provincia. El plan, que deberá contener una memoria justificativa de sus objetivos y de los criterios de distribución de los fondos, criterios que en todo caso han de ser objetivos y equitativos y entre los que estará el análisis de los costes efectivos de los servicios de los municipios, podrá financiarse con medios propios de la Diputación o entidad equivalente, las aportaciones municipales y las subvenciones que acuerden la Comunidad Autónoma y el Estado con cargo a sus respectivos presupuestos. Sin perjuicio de las competencias reconocidas en los Estatutos de Autonomía y de las anteriormente asumidas y ratificadas por éstos, la Comunidad Autónoma asegura, en su territorio, la coordinación de los diversos planes provinciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de esta Ley.

Cuando la Diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos.

El Estado y la Comunidad Autónoma, en su caso, pueden sujetar sus subvenciones a determinados criterios y condiciones en su utilización o empleo y tendrán en cuenta el análisis de los costes efectivos de los servicios de los municipios.

El fundamento jurídico 12 c) de la Sentencia dice que el párrafo segundo del art. 36.2 a) LRBRL sería contrario a los arts. 137 y 140 CE si fuera interpretado como previsión que atribuye por sí unas facultades de coordinación cuyo concreto alcance hubiera de fijar la propia Diputación a través de los correspondientes planes de cooperación. Sin embargo, esta interpretación ha de excluirse, habida cuenta de que hay otra que, siendo igualmente razonable, resulta conforme a la Constitución.

De acuerdo a esa otra interpretación, el art. 36.2 a) LRBRL es una previsión básica que, en cuanto tal, no pretende ni puede pretender agotar la regulación de la materia. Se refiere a una submateria –competencias locales– en la que las Comunidades Autónomas disponen de amplios márgenes de desarrollo y en la que, en todo caso, concurren regulaciones sectoriales. Bajo esta perspectiva, la ausencia de precisión característica de la previsión impugnada no resulta en sí problemática desde la perspectiva de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). En este sentido, puede entenderse que, en ausencia de indicaciones básicas más precisas en torno al alcance de las facultades de coordinación de la diputación provincial, la legislación autonómica sobre régimen local o las regulaciones sectoriales hayan de concretarlas. Tales regulaciones habrán de predeterminar suficientemente aquellas facultades ajustándose a las prescripciones básicas (que obligan a tomar en consideración el “coste efectivo”) y a la Constitución (que obliga a asegurar que la capacidad decisoria municipal sea tendencialmente correlativa al nivel de interés municipal involucrado). La previsión impugnada debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que precisa de complementos normativos que, en todo caso, deben dejar márgenes de participación a los municipios. Todo ello no condiciona en absoluto, naturalmente, que, frente a estas regulaciones (y los propios planes provinciales) que pudieran vulnerar la indicada serie de exigencias *ex* arts. 137 y 140 CE, podrán, en su caso, utilizarse las vías procesales oportunas a fin de restablecer la garantía de autonomía municipal constitucionalmente garantizada.

Corresponde, en consecuencia, declarar que, así entendido, el art. 36.2, letra a), párrafo segundo, LRBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013, no es inconstitucional.

Cuarto.- Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

TRIBUNAL SUPREMO

EL TRIBUNAL SUPREMO, PREVIO PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE CUESTIÓN INTERPRETATIVA DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE DEL CONSEJO, DE 28 DE JUNIO, DECLARA QUE EL PERSONAL EVENTUAL ESTÁ INCLUIDO EN EL CONCEPTO DE TRABAJADOR DE DURACIÓN DETERMINADA, Y DECLARA, EN CONSECUENCIA, EL RECONOCIMIENTO DE TRIENIOS DE ESTE PERSONAL SIEMPRE QUE SE ENCUENTREN EN UNA SITUACIÓN COMPARABLE CON LA CATEGORÍA DEL PERSONAL FUNCIONARIO O DE LA EMPRESA PRIVADA

Sentencia número 180/2016 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de enero.

Recurso contencioso administrativo 526/2012.

Ponente: Nicolás Maurandi Guillén.

La recurrente, desempeñaba el puesto de trabajo de Jefe de la Secretaría del Consejero Permanente, Presidente de la Sección Segunda, con clasificación de Cuerpo o Escala C-2, como personal eventual en el Consejo de Estado, y solicitó al Consejo que se reconociese su derecho a percibir trienios por sus servicios prestados desde su ingreso, y que le fuese abonado el importe correspondiente a ellos durante los últimos cuatro años, en la cuantía mensual correspondiente.

La Sala acordó suspender el proceso jurisdiccional, y al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de las cláusulas 3 y 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE, y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio.

La cláusula 3 dice:

“Definiciones.

A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por

1. "trabajador con contrato de duración determinada": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la

realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. *"trabajador con contrato de duración indefinida comparable": un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.*

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales".

Por su parte, la cláusula 4 dice:

"Principio de no discriminación.

1. *Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.*

2. *Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis.*

3. *Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.*

4. *Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas".*

Las cuestiones que el TS planteó al TSJUE fueron las siguientes:

"1) ¿Están comprendidos dentro de la definición de "trabajador con contrato de duración determinada", contenida en el punto 1 de la cláusula 3 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada incluido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, el "personal eventual" regulado actualmente en el artículo 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y el "personal eventual" regulado con anterioridad en el

artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública ?.

2) ¿Es aplicable a ese "personal eventual" el principio de no discriminación de la cláusula 4.4 del mencionado Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, a los efectos de que le sean reconocidas y pagadas las percepciones retributivas que por el concepto de antigüedad son abonadas a funcionarios de carrera, personal laboral indefinido, funcionarios interinos y personal laboral con contratos de duración temporal?

3) ¿Resulta encuadrable, dentro de las razones objetivas que invoca esa cláusula 4 para justificar un trato diferente, el régimen de nombramiento y cese libre, fundado en razones de confianza, aplicable a ese "personal eventual" en las dos leyes españolas que antes se han mencionado?"

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 9 de julio de 2015 resolvió la cuestión prejudicial planteada de la siguiente manera:

“1) El concepto de «trabajador con contrato de duración determinada en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a un trabajador como la demandante en el litigio principal.

2) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye, sin justificación alguna por razones objetivas, al personal eventual del derecho a percibir los trienios concedidos, en particular, a los funcionarios de carrera, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento salarial, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables, lo que corresponde verificar al tribunal remitente”.

Ante el anterior pronunciamiento del TSJUE, el TS considera, en el caso enjuiciado, en lo que se refiere a la primera declaración del TSJUE que el concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» ha sido definido con amplitud, pues engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan, y ello independientemente de la calificación de su contrato en el Derecho interno.

De la respuesta del TSJUE a la cuestión segunda, el TS considera que Los trienios son complementos salariales por antigüedad que están incluidos en el concepto de "condiciones de trabajo" a que se refiere la cláusula 4, apartado 1.

En cuanto a esos trienios, los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se hallen en una situación comparable, salvo que exista una justificación objetiva.

El concepto de *"trabajador con contrato de duración indefinida comparable"* se define en la cláusula 3.2 del acuerdo marco así: *"un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña"*.

Los factores para apreciar si determinados trabajadores ejercen un trabajo común o similar (esto es, si se encuentran en una situación comparable) son un conjunto del que forman parte la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales.

El presupuesto para aplicar el principio de no discriminación es que el personal eventual y los funcionarios de carrera se encuentren en una situación comparable; y la constatación si unos y otros se hallan en esa situación incumbe a esta Sala.

Ahora bien, continua diciendo el TS, si se aprecia que los cometidos profesionales no son idénticos o análogos, habrá de deducirse que el personal eventual no se halla en una situación comparable con los funcionarios de carrera; y si se aprecia que sí lo son el único elemento que podría diferenciar a dicho personal sería la naturaleza temporal de su relación de servicios.

Por tanto, se ha de estar a cada caso concreto para analizar si se produce o no la analogía. En el caso enjuiciado por el TS, éste consideró que sí se producía la referida analogía, si bien se cuida mucho el TS de puntualizar que la decisión que se adopta en esta sentencia está referida a los concretos puestos desempeñados por la recurrente como personal eventual y, por tanto, no significa que cualquier puesto desempeñado por personal eventual se halla necesariamente en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera. Pues habrá que estarse a las singularidades de cada caso y, en especial, al específico cometido profesional del puesto de que se trate.

Finalmente, es de interés la puntualización que el TS hace sobre el abuso que puede producirse en cuanto a los nombramientos de personal eventual, y que tal abuso lo que reclama es limitar los puestos que pueden ser objeto de tales nombramientos, pero no establecer limitaciones retributivas que no rigen en otros puestos del sector público que tienen cometidos de similar contenido profesional.

CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO. LEGITIMACIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES PARA RECURRIR LOS ACTOS RESOLUTORIOS DE LAS ADJUDICACIONES. LEGITIMACIÓN INEXISTENTE.

Sentencia número 1097/2016 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de enero.

Recurso contencioso administrativo 1574/2015.

Ponente: José Manuel Sieira Miguez.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó Sentencia de fecha 09-02-2015 desestimando el recurso interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Arquitectos contra Resolución del Tribunal Administrativo de Recurso contractuales de la Junta de Andalucía, sobre adjudicación de contrato, denominado "Servicios de Redacción de Proyecto, Estudio de Seguridad y Salud y Estudio Geotécnico del Nuevo IES en el Toyo Tipo D4 en Almería", por falta de legitimación del citado Consejo.

La Sala del TS considera que el acto recurrido no es la aplicación de las bases o pliegos de condiciones del concurso sino el de su adjudicación a unos determinados concursantes de manera que la disconformidad con esa resolución sólo puede enfrentar a los no seleccionados con los que lo han sido o con la Administración, pero no al Consejo de Colegios en sustitución de los primeros. A los colegios profesionales les corresponde la defensa de los intereses, colectivos de sus miembros, artículos 5.6 de la Ley 2/74, lo que no se corresponde con una causa en la que no se ventilan intereses de esa naturaleza sino intereses individuales, porque la adjudicación de un contrato sólo afecta a los participantes en el procedimiento de adjudicación. El colegio profesional actúa en la defensa de los intereses generales de sus miembros cuando se opone a regulaciones, actos o prácticas que afectan al ejercicio de la actividad profesional, pero este no es el caso de la adjudicación de un contrato que sólo afecta a quienes hayan participado en el procedimiento.

El Consejo no recurrió las bases del concurso y por tanto, como señaló la Sala a quo, tiene por objeto solo la defensa de la legalidad. Para tener legitimación, conforme al 19.1 de la LJCA hace falta tener interés legítimo, que del acto impugnado derive de forma directa un efecto positivo o negativo para el recurrente, debiendo sumarse a ello, cuando se trata de entes asociativos el que exista un interés profesional o económico, lo que en el caso que nos ocupa no acontece, siendo insuficiente la mera defensa de la legalidad.

Por tanto, desestima el recurso de casación.

FUNCIÓN PÚBLICA. PROCESOS SELECTIVOS. LA PUNTUACIÓN OBTENIDA POR LOS ASPIRANTES Y DETERMINADA POR EL ÓRGANO DE SELECCIÓN SOLAMENTE PUEDE SER ALTERADA POR ALGUNO DE LOS SUPUESTOS PREVENIDOS EN LA LEY PARA DEJAR SIN EFECTO LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERADORES DE DERECHOS. LA VALORACIÓN PROVISIONAL DE LA PUNTUACIÓN DE CADA FASE DEL PROCESO SELECTIVO TIENE LA NATURALEZA DE ACTO DECLARATIVO DE DERECHOS

Sentencia número 403/2016 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de febrero.

Recurso de casación 3928/2014.

Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Una aspirante participó en el proceso selectivo para ingresar en el Cuerpo de Maestros, en la especialidad de Educación Primaria, convocado por Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 14 de marzo de 2011. Superó la fase de oposición con 9,0499 puntos y en la de concurso obtuvo provisionalmente 5,500 puntos. Con la puntuación final resultante --14,54999 puntos-- de haberse mantenido la valoración provisional de sus méritos, habría sido seleccionada. No obstante, la comisión de baremación nº 4 de Cádiz procedió a revisar esta última y le detrajo 1,5 puntos. Tal revisión la hizo sin oír a la interesada y sin que obedeciera a ninguna concreta reclamación de otros aspirantes.

Interpuesto recurso contencioso administrativo por la interesada, el TSJA dictó sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio, primero, y expresa después, por Orden de 20 de junio de 2012, de la reposición interpuesta por la interesada. A juicio de la Sala de Sevilla, que se apoya en varias sentencias previas de la misma Sala y Sección y de la Sala de Granada así como de la Audiencia Nacional, la valoración provisional de los méritos no es un acto declarativo de derechos, por lo que puede ser modificada de oficio a diferencia de lo que sucede con la baremación definitiva que sólo puede ser corregida en los supuestos de error material o aritmético o tras su previa declaración de lesividad.

El artículo 8.2.2 de la Orden de la Convocatoria del proceso selectivo decía lo siguiente:

"8.2.2. Publicación de la valoración de los méritos.

La puntuación provisional alcanzada por el personal aspirante en la fase de concurso se hará pública por resolución de la comisión de baremación en los tablones de anuncios de la Delegación Provincial en que se encuentra ubicado el tribunal y, a efectos meramente informativos, en la página web de la Consejería de Educación.

Se podrá presentar contra la misma, durante el plazo de dos días a partir del día siguiente al de su publicación, las alegaciones que se estimen oportunas, mediante escrito dirigido a la Presidencia de la comisión de baremación. Dicho escrito se

presentará, preferentemente, en el registro general de la Delegación Provincial de Educación correspondiente.

Las alegaciones serán estudiadas y resueltas por las comisiones de baremación. El trámite de notificación de la resolución de estas alegaciones se entenderá efectuado con la publicación de la Resolución por la que se eleven a definitivas las puntuaciones de la fase de concurso, que se hará pública en los tablones de anuncios de las referidas Delegaciones de Educación y, a efectos meramente informativos, en la página web de la Consejería".

EL TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJA, afirmando que no cabe interpretar las bases que rigieron el proceso selectivo en el sentido de que autoricen a la Administración a volver sobre sus pasos y revisar de oficio las valoraciones asignadas provisionalmente a los méritos de los aspirantes. Considera el TS que no consta el acta de la reunión de la comisión en que se procedió a dicha revisión, pero sí que tuvo lugar cuando, por conocerse el resultado de la oposición, se sabía a quiénes la modificación de la puntuación provisional supondría quedar fuera de la relación de aspirantes seleccionados.

Por el contrario, el TS considera que en anteriores ocasiones el propio TS ha fallado que la Administración no puede volver sobre sus pasos y modificar sin que medie reclamación de interesados la puntuación asignada provisionalmente en las fases de concurso de los procesos selectivos.

FUNCIÓN PÚBLICA. PROCESOS SELECTIVOS. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS ORGANOS DE SELECCIÓN. CONTROL JURISDICCIONAL EJERCICIOS TIPO TEST. EL ENUNCIADO DE LAS PREGUNTAS HA DE SER CLARO Y PRECISO. LAS RESPUESTAS POSIBLES HAN DE SER UNÍVOCAS.

Sentencia número 713/2016 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de febrero.

Recurso de casación 4128/2014.

Ponente: Nicolás Maurandi Guillén.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó Sentencia de fecha 07-05-2014 estimando el recurso interpuesto contra Resolución de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que anula, anulando la pregunta nº 67 del cuestionario de la primera prueba del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de la Administración, Escala Superior de Sanitarios Locales, Especialidad Veterinaria, y acordando su sustitución por la primera pregunta de reserva, con la obligación de la Administración de permitir al recurrente la realización de la segunda prueba para el caso.

La sentencia recurrida invocó como principal razón de decidir que la controvertida pregunta 67 no reunía las exigencias de claridad y precisión que son

necesarias en los exámenes de tipo test porque, tal y como había denunciado la parte demandante, las deficiencias de la pregunta permitían que pudieran ser consideradas correctas tanto la respuesta d) que dio el recurrente como la c) que fue elegida como correcta por la Administración.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del TS declara en la sentencia que comentamos, que la jurisprudencia de dicha Sala en esa difícil y delicada materia del control de las actuaciones encuadrables en la llamada "discrecionalidad técnica", ha hecho un permanente esfuerzo por ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto para toda actuación administrativa en el artículo 106.1 de la Constitución; jurisprudencia cuya síntesis está representada por estas ideas principales: (I) la diferenciación que ha de hacerse, dentro de las actuaciones encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica entre los aledaños y el núcleo del juicio técnico; (II) el significativo papel que corresponde a la motivación dentro de esa distinción; y (III) los límites que debe respetar el control jurisdiccional que se efectúe en esta clase de actuaciones de valoración técnica.

Respecto de esos aledaños, esta Sala viene señalando que están representados por la actividad preparatoria o periférica del juicio técnico, y esta, a su vez, comporta la delimitación con claridad de la materia que haya sido objeto del juicio técnico, los criterios seguidos para la valoración técnica y la constancia de que, para todo lo anterior, han sido observado los postulados constitucionales de igualdad, mérito y capacidad e interdicción de la arbitrariedad.

Sobre la motivación se ha dicho que no está sometida a unos rigurosos parámetros formales y, por ello, habrá de entenderse debidamente observada cuando el conjunto de las actuaciones permitan constatar con facilidad esos elementos que encarnan los aledaños; y, más particularmente, cuando el Tribunal Calificador haya consignado, tanto los criterios de valoración cualitativa utilizados para emitir su juicio técnico, como las circunstancias o razones por las que la aplicación de esos criterios conduce al concreto resultado declarado para cada uno de los aspirantes.

Y en cuanto al control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, se ha insistido en que el órgano jurisdiccional no puede sustituir el juicio técnico emitido por el órgano especializado y también debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como válido o aceptable en el correspondiente saber especializado.

La doctrina de esta Sala ha señalado también que uno de los límites que, entre otros, afectan a la llamada discrecionalidad técnica, es el referido a la obligación de respetar las exigencias que son inherentes a la singular configuración de las pruebas de tipo test.

Doctrina que consiste en señalar que ese límite no forma parte del núcleo de la discrecionalidad técnica y, por ello, puede ser objeto de control jurisdiccional.

La aplicación de esta doctrina al caso de autos lleva a la Sala del TS a desestimar el recurso de casación. Declara el TS que la Sala de instancia asume valoraciones técnicas provenientes de la propia Administración Pública y es, sobre esa base, como

declara que la pregunta no es técnicamente correcta en los términos en los que fue formulada y concluye, por ello, que no reúne las exigencias de claridad que han de cumplir los exámenes tipo test.

Lo cual significa que no se adentra en consideraciones técnicas que decida finalmente en virtud de una valoración efectuada directamente por ella según los parámetros del saber especializado de la materia a que se refería la pregunta; porque lo que hace, como se ha dicho, es asumir una valoración técnica que obra en elementos que son utilizados por la Administración pública y, desde ella, decidir que no se dan esas exigencias que son inexcusables en los exámenes tipo test.

FUNCIÓN PÚBLICA. PROCESOS SELECTIVOS. LEGITIMACIÓN DE LOS SINDICATOS PARA RECURRIR LOS ACTOS RESOLUTORIOS DEL PROCESO SELECTIVO QUE AFECTAN A LOS PARTICIPANTES. LEGITIMACIÓN INEXISTENTE SI NO HAN RECURRIDO EL PROCESO SELECTIVO.

Sentencia número 720/2016 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de febrero.

Recurso de casación 4156/2014.

Ponente: José Díaz Delgado.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó Sentencia, en fecha 29-07-2014, por la que inadmite el recurso deducido por el Sindicato Andaluz de Funcionarios contra Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía de 15-02-2010, por la que se inadmite el recurso de alzada deducido contra Acuerdo de la Comisión de Selección de 22-12-2009 del proceso selectivo por sistema de acceso libre convocadas por Orden de 21-04-2009 para ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo, opción Estadística.

Contra la anterior sentencia el Sindicato interpone recurso de casación, que es desestimado por la Sala del TS.

La Sala declara que la cuestión de la legitimación de las organizaciones sindicales se debe resolver caso por caso atendiendo a cuál sea el objeto de la impugnación a fin de establecer si está en juego el interés profesional cuya defensa persiguen o si en la actuación cuestionada solamente se manifiestan los particulares intereses de las personas afectadas. Por eso, tratándose de procedimientos selectivos, en los supuestos en que se discuta de la conformidad al ordenamiento de una convocatoria o de sus bases o en aquellos otros en que se perciba una instrumentalización de los procedimientos para fines distintos de los que le son propios, la legitimación de los sindicatos habrá de apreciarse, en principio. En cambio, cuando solamente esté en juego el particular resultado de unas pruebas selectivas, la regla deberá ser la contraria.

En el presente caso no aparece que los interesados hayan recurrido el proceso selectivo, por lo que en principio, aun cuando pudiera cuestionarse que el Tribunal

Calificador introdujera una nota de corte no prevista en las bases, es posible que los afectados por esta circunstancia hayan aceptado el resultado del proceso selectivo. En consecuencia una cosa son los intereses colectivos que el Sindicato representa y otra los posibles vicios de los actos resolutorios del proceso selectivo que en principio afectan *uti singuli* a quienes han participado en el proceso, que pueden conformarse con el mismo y que se verían perjudicados posiblemente por el ejercicio de un recurso ejercitado por el Sindicato por sustitución de los titulares del derecho.

EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (O DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA) RECURRA LOS ACTOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES, ES AQUÉL EN QUE RECIBA INSTITUCIONALMENTE LA COMUNICACIÓN DEL ACUERDO, O EN SU DEFECTO LA PUBLICACIÓN DEL MISMO EN DIARIO OFICIAL, PERO NO LO DETERMINA LA NOTIFICACIÓN QUE PUEDA RECIBIR COMO UN INTERESADO MÁS.

Sentencia número 1010/2016 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de marzo.

Recurso de casación 1530/2014.

Ponente: Rafael Fernández Valverde.

El Ayuntamiento de Castropol (Asturias) aprobó definitivamente en sesión de su Corporación de 26 de abril de 2011 un Estudio de Detalle de iniciativa particular. El Ayuntamiento notificó el referido acuerdo a la Demarcación de Carreteras de Asturias el 26 de mayo de 2011, y posteriormente, en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 8 de agosto de 2011, publicó el referido acuerdo.

La AGE interpuso recurso contencioso administrativo el 31 de octubre de 2011 ante el TSJ de la Comunidad, el cual declaró la inadmisibilidad del recurso puesto que entre la recepción de la comunicación del acuerdo por parte de la AGE y la formulación del recurso transcurrió un plazo superior a los dos meses a que se refiere el artículo 46.6 de la LJCA.

La AGE interpuso recurso de casación, razonado el abogado del Estado que dada la naturaleza jurídica de disposición de carácter general del Estudio de Detalle impugnado, supone que el *dies a quo* del cómputo del plazo para la interposición del recurso deba establecerse en la fecha de publicación del acuerdo de aprobación definitiva del instrumento de ordenación impugnado, por lo que habiendo sido publicado el acuerdo de aprobación definitiva del Estudio de Detalle en fecha 8 de agosto de 2011, y siendo inhábil el mes de agosto, ex artículo 128.2 de la LRJCA, la interposición del recurso contencioso administrativo en fecha 31 de octubre de 2011, debe considerarse tempestiva, al haberse realizado dentro del plazo de dos meses legalmente establecido.

El TS estima el recurso argumentando que al tratarse de una relación interadministrativa cuyas relaciones o comunicaciones viene regulada en los apartados 3 y 4 del artículo 65 de la LRBRL, según el cual, la AGE (o la C.A. correspondiente) podrá impugnar acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para su interposición en la LJCA, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la Entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello; asimismo, también podrá impugnar directamente el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción.

Al respecto, el TS cita sentencias de dicho órgano, entre otras, las de 14 de diciembre de 2009 (recurso de casación, 3851/2005), en la que tiene declarado *"a efectos de determinar el inicio del plazo para que la Administración Autónoma pueda requerir de anulación al Ayuntamiento o impugnar directamente el acuerdo municipal en vía jurisdiccional, lo determinante es la fecha de recepción de esa comunicación exigida en la legislación de régimen local, no así la fecha de recepción de la comunicación prevista, a otros efectos, en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma correspondiente. (...) Llevando esta doctrina al caso que nos ocupa, tenemos que la comunicación que remitió el Ayuntamiento (...) fue recibida el 9 de octubre de 2002 y el recurso contencioso-administrativo se interpuso el 10 de diciembre del mismo año. Ello significa que el recurso se presentó el día siguiente a la fecha en que expiró el plazo de dos meses previsto en el artículo 46.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción"*.

Ocurre, sin embargo, que en el supuesto de autos, dice el TS, ya en la sentencia que comentamos, no se ha producido la "comunicación institucional" a que se refiere la jurisprudencia de precedente cita, pues lo realmente acaecido ha sido ---con fecha de 26 de abril de 2011--- una notificación idéntica y coetánea a la realizada a la entidad promotora de Estudio de Detalle, con idéntica estructura y pie de recursos. Esto es, no ha existido una comunicación interadministrativa sino una mera notificación a la Demarcación de Carreteras de Asturias, cual si de otro interesado en el expediente se tratara.

Pues bien, continua diciendo el TS en la sentencia que nos ocupa, en tal situación debe aplicarse la doctrina general establecida por el TS; es decir, que cuando la notificación personal es anterior a la publicación oficial, hay que estar a la última fecha -la de publicación- como de inicio del cómputo para recurrir, porque la notificación personal no es necesaria en los acuerdos de aprobación definitiva del planeamiento, puesto que tiene la naturaleza de norma general que ha de ser publicada, en consecuencia (sentencia, entre otras, de 11 de octubre de 2000, recurso de casación 2349/1998), y sí lo es una interpretación pro actione, cuando está en juego el derecho de acceso a la jurisdicción.

BIENES DEMANIALES DEL ESTADO DE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE. EL ESTADO TIENE EL DEBER DE CONSERVAR Y REPARAR LOS BIENES DEMANIALES DE TITULARIDAD Y GESTIÓN DIRECTA ESTATAL DE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE. REPARACIÓN DE TALUD.

Sentencia número 850/2016 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de marzo.

Recurso de casación 3023/2014.

Ponente: Mariano de Oro-Pulido López.

Una Comunidad de Propietarios solicitó a la Demarcación de Costas la reparación del talud sito en Puerto Portals. Ante la desestimación presunta, la comunidad interesada interpone recurso contencioso-administrativo ante el TSJB, que dictó sentencia en la que declaró que la Administración demandada viene obligada a reparar el referido talud, debiendo "adoptar las medidas necesarias y suficientes para estabilizar ese suelo y dotarlo de la seguridad suficiente, actuación y medidas que han de evitar derrumbes y ulteriores daños".

La AGE interpuso recurso de casación contra la anterior Sentencia que ha sido desestimada por el TS en la que comentamos.

Ha de tenerse en cuenta que el talud cuestionado se encuentra en zona de dominio público marítimo terrestre, así como que para su estabilización y defensa se produjo una concesión administrativa que había caducado, habiéndose producido la correspondiente reversión a la Administración demandada en la fecha en la que la entidad recurrente efectuó la reclamación, y de otra parte, que el terreno "en donde se ubica el susodicho talud presenta un deterioro tal, que existe peligro real de derrumbamiento sobre la zona de servicio de Puerto Portals, lo cual de producirse, podría causar muy serios y graves daños a bienes y personas", así como que las obras estructurales "que se precisan con carácter de urgencia, tal y como ha quedado probado en autos, son de protección y conservación del dominio público y afectan a la integridad misma de los bienes pertenecientes a ese dominio público".

El TS considera que si bien la titularidad demanial no es un título competencial ni puede servir para excluir competencias sobre dicho espacio de otras Administraciones no titulares del demanio, ello no significa que la Administración propietaria no ostente también competencias sobre esos bienes, en virtud precisamente de esta titularidad demanial. En este sentido, la STC 149/1991 señala que "el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica como su uso público y sus valores paisajísticos".

En esta línea hay que situar el artículo 2 a) de la Ley de Costas, en cuanto establece que la actuación administrativa sobre el dominio público marítimo terrestre persigue, en lo que ahora interesa, "asegurar su integridad y adecuada conservación, adoptando, en su caso, las medidas de protección y restauración necesarias", y el artículo 20, en cuanto precisa que "la protección del dominio público marítimo-terrestre

comprende la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado".

Por su parte los artículos 110 g) y 111.1.a) de la misma Ley de Costas atribuyen a la Administración del Estado competencia para, en lo que ahora interesa, las obras y actuaciones de interés general, entendiéndose por tales "... las necesarias para la protección, defensa, conservación y uso del dominio público marítimo terrestre, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes que lo integran".

No puede olvidarse, por otra parte, que nos encontramos, en el presente caso, ante un bien demanial marítimo-terrestre, de titularidad y gestión directa de la Administración General del Estado, al no haber sido objeto en la fecha de la reclamación de concesión alguna, ya que el talud demanial revirtió a la posesión de la Administración del Estado el 20 de octubre de 2009, esto es con anterioridad a la reclamación efectuada por la entidad recurrente en la instancia, por lo que aquella no puede excusarse en que la gestión del bien correspondía a un tercero. Como tampoco puede invocar el artículo 115 de la Ley para tratar de atribuir la competencia a la Administración municipal, pues ninguna de las escasas competencias que dicho precepto atribuye a los Ayuntamientos guardan relación con las actuaciones de mantenimiento y reparación ahora cuestionados.

No a otra conclusión se llega si acudimos a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, sobre Patrimonio de las Administraciones Públicas, en cuanto establece en su artículo 6 e) como uno de los principios a los que ha de ajustarse la gestión y administración de los bienes y derechos por las Administraciones Públicas, el ejercicio diligente de las prerrogativas que dicha Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones, garantizando su conservación e integridad; deber genérico de conservación que se extiende a las demás actuaciones que requiera el correcto uso de los bienes y derechos del patrimonio del Estado por parte de los Departamentos Ministeriales que tengan afectados o cuya administración y gestión les corresponde.

INTERESADOS Y LEGITIMADOS. EL NÚMERO DE PERSONAS LEGITIMADAS PARA INTERPONER RECURSO ADMINISTRATIVO O JUDICIAL NO COINCIDE NECESARIAMENTE CON EL DE INTERESADOS A QUIENES SE DEBEN NOTIFICAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS 58.1 Y 31.1 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE.

Sentencia número 943/2016 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de marzo.

Recurso de casación 3807/2013.

Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

El recurso de casación que examinamos es interpuesto por las mercantiles Inversiones Febeco, S.L. y Pardo Pazos, S.L. contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de

11 de julio de 2013 en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las referidas entidades (y por una tercera que no es parte en casación) contra diversas resoluciones de la Administración autonómica de Galicia.

Las mercantiles recurrentes en casación reprochan a la Administración que no les notificara las resoluciones recurridas por considerar que tenían la condición legal de interesados, a efectos de la exigencia de notificación prevista en el artículo 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que la sentencia de la Sala de instancia infringió dicho precepto.

El TS analiza en primer lugar si las mercantiles recurrentes tenían la condición de interesados en el procedimiento, pues sólo en caso afirmativo cabría reprochar a la Administración la falta de notificación de la resolución. Pues bien, para determinar el alcance de la exigencia de notificación el citado artículo 58.1 debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la propia Ley 30/1992, donde se define el concepto de interesado en los siguientes términos: «1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (...)».

Mientras que los interesados comprendidos en los apartados a/ y b/ de la norma transcrita -los promotores del procedimiento y los titulares de derechos que puedan ser afectados por la decisión- son fácilmente individualizables e identificables con los datos que suministra el propio expediente, no cabe decir lo mismo respecto de cualesquiera otros titulares de intereses legítimos a los que se refiere el apartado c/, pues la propia amplitud del concepto de interés legítimo hace posible que aquellos existan sin que la Administración los conozca o los tenga debidamente identificados; y por ello a estos últimos la norma les atribuye la consideración de interesados sólo en el caso de que "se personen en el procedimiento".

Consideraciones similares a las que aquí estamos exponiendo pueden verse en sentencias de esta Sala, Sección 7ª, de 21 de marzo de 2006, 20 de julio de 2006 y 27 de septiembre de 2006 y en sentencia de la Sección 5ª de 20 de julio de 2009, en las que se explica que el número de personas legitimadas para interponer un recurso administrativo o judicial no coincide con el de interesados a quienes deben notificarse los actos administrativos. Y ello porque, como señalan esas sentencias, aunque sólo es preceptiva la notificación del acto a quienes estuviesen personados en el procedimiento, ello no excluye que otros titulares de intereses legítimos puedan impugnar la decisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues el reconocimiento de la legitimación para interponer un recurso ante este orden jurisdiccional no requiere haber tenido intervención en el procedimiento administrativo sino, simplemente, ostentar un derecho o interés legítimo (artículo 19.1.a/ de la Ley 29/1998, reguladora de esta Jurisdicción).

Volviendo ahora al caso que nos ocupa, el hecho de que las recurrentes fuesen titulares de un interés legítimo que les habilitaba para promover el recurso contencioso-administrativo no puede llevar a la errónea conclusión de que también ostentaban la condición legal de interesados a efectos de la exigencia de notificación prevista en el artículo 58.1 de la Ley 30/1992 .

Por tanto, una vez establecido que la Administración no tenía el deber de notificar a las entidades ahora recurrentes la resolución de la Dirección General de Infraestructuras de 7 de octubre de 2009 que autorizó definitivamente al Sr. Edmundo la instalación de la estación de servicio, no cabe sostener que el plazo para interponer recurso de alzada deba computarse respecto de dichas entidades a partir de la fecha en que conocieron la resolución. Tal forma de cómputo del plazo no es asumible y por ello el motivo de casación debe ser desestimado.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PUEDE INTERPONER RECLAMACIÓN PATRIMONIAL ANTE OTRA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CAUSANTE DEL DAÑO. RECLAMACIÓN PATRIMONIAL DE UN AYUNTAMIENTO A LA AGE POR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA ANULACIÓN JUDICIAL DE LAS VALORACIONES DEL CATASTRALES ASIGNADAS POR LA GERENCIA TERRITORIAL DEL CATASTRO. DESESTIMACIÓN POR TENER EL AYUNTAMIENTO EL DEBER JURÍDICO DE SOPORTAR EL DAÑO POR CONSTITUIR LA ASIGNACIÓN DE LOS VALORES CATASTRALES GESTIÓN COMPARTIDA, Y EN SEGUNDO LUGAR, PORQUE EL HECHO DE ANULAR LAS PONENCIAS NO HA PRODUCIDO DAÑO EFECTIVO AL AYUNTAMIENTO

Sentencia número 1120/2016 de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de marzo.

Recurso de casación 3033/2014.

Ponente: Wenceslao Olea Godoy.

El Ayuntamiento de Pego (Alicante) interpone el recurso de casación que nos ocupa, contra la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 9 de junio de 2014, dictada en el recurso 335/2013; que había sido promovido por el mencionado Ayuntamiento, en impugnación de la resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 28 de mayo de 2013, por la que se desestimaba la solicitud realizada por dicha Corporación municipal, sobre reclamación de los daños y perjuicios que se estimaban le habían sido ocasionados por los ingresos dejados de percibir en concepto del Impuesto sobre Bienes Inmuebles e Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, referidos al periodo impositivo del ejercicio de 2011, como consecuencia de la anulación de las ponencias de valores catastrales que habían sido aprobadas por la

Dirección General del Catastro del referido Ministerio, por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Se estimaba que dicha indemnización ascendía a la cantidad de 2.634.467,14 € más las cantidades dejadas de percibir por el segundo de los mencionados impuestos, que se determinen en ejecución de sentencia y, en todo caso, con el incremento de los intereses legales.

La Sala del TS declara que no puede aceptarse la conclusión de que la institución de la responsabilidad patrimonial no puede aplicarse cuando el perjudicado sea una Administración pública frente a otra, con el fundamento de que el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, e incluso el artículo 106 de la Constitución, se refiera a "los particulares" al regular la institución, porque no lo hace en el sentido estricto de personas privadas frente a las jurídico-públicas y, como se ha dicho, en esa relación puede producirse lesión, en sentido técnico jurídico y, por tanto, la condición de perjudicado puede concurrir en una relación interadministrativa, por lo cual nada impide que pueda entrar en juego la necesidad de restitución del perjuicio ocasionado, cuando no exista, por parte de una Administración pública, la obligación de soportarlo y los demás presupuestos de la institución. Porque no existe un principio general de inmunidad en esas relaciones. Incluso cabría concluir que existe una plasmación de dicha posibilidad cuando en el artículo 18.3º del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se establece la posibilidad de repetición de una Administración frente a otra que, por el principio de solidaridad frente a reclamaciones de perjudicados, se hubiese visto obligada a resarcir el daño.

En lo que se refiere al fondo de la cuestión planteada, el TS declara que no es cierto que el hecho de que exista una gestión compartida de los mencionados impuestos municipales excluya la responsabilidad reclamada, con el fundamento de que es la Administración General del Estado la que, mediante la fijación de los valores catastrales, determina o sirve para que las Corporaciones Locales procedan a la determinación de la base imponible o para su cálculo, conforme resulta de los artículos 65 y 107 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales para el Impuesto sobre Bienes Inmuebles o sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Esa gestión compartida no es relevante para excluir esa responsabilidad, al menos en el ámbito de las relaciones interadministrativas, porque ambas fases están perfectamente delimitadas y nada impide que en esa relación interadministrativa puedan surgir supuestos generadores del daño antijurídico que, si concurren los demás presupuestos de la institución, puedan generar responsabilidad.

Y en este sentido, debe dejarse constancia de la propia finalidad que tiene el Catastro Inmobiliario en la actualidad, que no es solamente tributaria como se encarga declarar la Ley del Catastro Inmobiliario, sino que éste se ha convertido *"en una gran infraestructura de información territorial disponible para todas las Administraciones públicas, fedatarios, empresas y ciudadanos en general, puesta ante todo al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria, pero capacitada también para*

facilitar la asignación equitativa de los recursos públicos”. Por tanto, la eficacia de las ponencias de valores catastrales excede con mucho de la finalidad tributaria municipal que subyace en la reclamación de responsabilidad accionada por el Ayuntamiento recurrente.

Si bien podría aceptarse que existe esa gestión compartida a que antes se ha hecho referencia, no puede desconocerse que existe una doble y sucesiva actuación en la que esa determinación de base se encomienda a la Administración General del Estado y las de gestión de tales Impuestos a las Entidades Locales; de tal forma que si bien frente a los deudores tributarios puede aceptarse que esa actuación sucesiva de las potestades tributarias es indiferente, cuando el debate surge en esa relación interadministrativa, nada impide individualizar cada una de esas fases atribuidas a cada una de las Administraciones intervinientes y, por tanto, hacer un título de imputación de la responsabilidad que, en su caso, resultase procedente. Y si bien es verdad que esa previa fase competencia de la Administración estatal no es ajena la intervención de las Corporaciones Locales, como cabe concluir del artículo 27 del Texto Refundido de la Ley del Catastro, esa intervención se limita a un previo informe del respectivo Ayuntamiento, que no es vinculante, por más que en las disposiciones internas del Ministerio se haga dicho informe como tal, como se opone por la Abogacía del Estado en su oposición al recurso, que no puede hacer desmerecer el criterio legal.

Ahora bien, lo anterior no puede suponer, como se pretende por la defensa municipal, la estimación de la conclusión de su argumento sino a confirmar la conclusión de la Sala de instancia de que en supuestos como el presente no puede acogerse la concurrencia de la responsabilidad patrimonial, precisamente porque no solo existe la obligación de soportar el daño, sino que no puede decirse que exista el mismo.

Además, en el caso de autos, el TS tiene en cuenta que el Centro de Gestión Catastral procedió a revisar los valores de las ponencias catastrales a instancias del mismo Ayuntamiento. En dicha revisión y conforme a lo establecido en el ya citado artículo 27 del Texto Refundido de la Ley del Catastro, se solicitó informe al Ayuntamiento, que lo emitió en sentido favorable. Aprobadas las ponencias, es el mismo Ayuntamiento el que impugna en vía contencioso-administrativo los valores asignados a determinados bienes de su propiedad; impugnación que ocasiona no solo la anulación de los valores asignados a los concretos bienes municipales a que se refería la impugnación, sino de toda la nueva ponencia aprobada. Pues bien, los efectos que se pretenden de esa anulación es que el Ayuntamiento no ha podido liquidar los nuevos Impuestos sobre Bienes Inmuebles e Incremento de Valor de Bienes de Naturaleza Urbana, conforme a los valores de esas nuevas ponencias, precisamente por haber sido anuladas.

Lo expuesto no deja de ofrecer una cierta contradicción en la propia actuación municipal que se remonta, en primer lugar, al hecho de que ciertamente que el informe que emitió en el procedimiento de aprobación de la ponencia no opuso objeción alguna, y si bien dicho informe no era vinculante, no puede desprenderse de lo en él informado, como en el motivo del recurso se argumenta, oposición alguna a los nuevos valores o de no atender el Centro de Gestión Catastral las objeciones que se opusieron por el Ayuntamiento, que no lo fue en dicho informe. De otra parte, que fue precisamente a su

instancia y conforme a las circunstancias que se expusieron, la causa de la aprobación de las nuevas ponencias de valores y, además de ello, que fue precisamente la actuación municipal la que provocó, con la impugnación de los valores asignados a sus propios bienes, la declaración de nulidad de todas las ponencias. Es decir, solicitada por el Ayuntamiento las nuevas ponencias por considerarse que se debían revisar los valores, se informa favorablemente la propuesta realizada y, no obstante lo cual, impugna la asignación de nuevos valores a bienes de su propiedad, provocando la anulación de toda la ponencia.

Las contradicciones en el actuar municipal llegan más lejos, porque vincular el perjuicio a la imposibilidad de liquidar los tributos locales conforme a las ponencias anuladas, es partir de una premisa errónea, cual es la de reconocer una pretendida potestad municipal a que las liquidaciones se practicasen conforme a los valores asignados a los bienes sujetos a tributación en las ponencias anuladas, lo cual no es cierto. La potestad tributaria municipal era liquidar los mencionados impuestos conforme a los valores catastrales asignados en las ponencias catastrales ajustadas a la legalidad, y no lo estaban las anuladas.

Es decir, hemos de concluir que no existía una potestad municipal a proceder a la liquidación de los impuestos municipales conforme a los valores asignados a los bienes inmuebles existentes en el municipio conforme a las nuevas ponencias. Tan siquiera existía una potestad municipal para la fijación de unos nuevos valores; sino a instar su revisión, como hizo, pero no a un determinado valor en la fijación de las ponencias. La liquidación de los impuestos municipales debía realizarse conforme a las ponencias vigentes y, dada la impugnación municipal, no lo eran las aprobadas con la revisión, sino las anteriores y, ha de entenderse, que conforme a ellas se liquidaron los impuestos, como se afirma por la Sala de instancia.

En lo que se refiere al deber de que el lesionado soporte el daño causado, el TS declara que en el caso de autos el deber jurídico que recae sobre el Ayuntamiento de soportar el pretendido daño --diferencia en las liquidaciones de los impuestos por unas ponencias de inferiores valores-- viene impuesto precisamente por el artículo 27 del Texto Refundido de la Ley del Catastro y por los preceptos en que se funda el recurso del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (; porque son esos preceptos los que le atribuyen a las Corporaciones Locales la potestad para exigir los mencionados impuestos conforme a lo que se determine por la Administración estatal al elaborar las ponencias catastrales, que es de su competencia. Pero esas ponencias han de estar ajustadas a la legalidad, de tal forma que cuando, como aquí sucede, se aprueban unas ponencias por la Administración estatal que por diversas circunstancias vienen ineficaces, obligando a practicar las liquidaciones conforme a las ponencias anteriores, las Corporaciones Locales deben atenerse a esas ponencias vigentes, sin que puedan invocar una potestad que le permitiera practicar las liquidaciones de los impuestos por unas ponencias anuladas, por ser contrarias a la legalidad. Y es la misma sentencia en que se anularon las ponencias la que ha de servir como título de imputación de la obligación de soportar el pretendido daño que se genera por tener que practicar las liquidaciones conforme a unos valores inferiores a los fijados en las ponencias anuladas,

declaración que se hace a instancia de la misma Corporación afectada, que no perjudicada, como aquí acontece.

Dando un paso más, es necesario aclarar que pretender reconducir el fundamento de la pretensión indemnizatoria a la anulación de las ponencias revisadas en vía contencioso-administrativa, carece de todo fundamento porque esa anulación no comporta, sin más, la concurrencia de responsabilidad patrimonial.

ANULACIÓN DEL DECRETO 357/2010, DE 3 DE AGOSTO, DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, QUE APROBÓ EL REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LA CALIDAD DEL CIELO NOCTURNO FRENTE A LA CONTAMINACIÓN LUMÍNICA Y EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE AHORRO Y EFICIENCIA ENERGÉTICA, POR NO HABER SIDO DICTAMINADO PREVIAMENTE POR EL CONSEJO ANDALUZ DE GOBIERNOS LOCALES.

Sentencia número 1714/2016 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de abril.

Recurso de casación 4135/2014.

Ponente: Rafael Fernández Valverde.

La Federación Andaluza de Municipios y Provincias interpuso recurso contencioso administrativo contra el Decreto 357/2010, de 3 agosto, por el que se aprobó el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética, publicado en el BOJA de 13 de agosto de 2010.

Se basaba dicho recurso, entre otros extremos, en la ilegalidad del decreto al haber sido aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, sin observar el trámite previsto en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), que en su artículo 57 prevé un informe preceptivo del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales.

El TSJA de Andalucía desestimó el recurso argumentando que la LAULA entró en vigor a los 30 días de su publicación en el BOJA, lo que tuvo lugar el 23 de junio de 2010, si bien antes de aprobarse definitivamente el decreto por el Consejo de Gobierno, ya estaba en vigor la citada ley, lo cierto es que todos los trámites seguidos en la elaboración del proyecto ya estaban culminados. Quedando solo pendiente el acuerdo de la Comisión de Viceconsejeros de elevarlo al Consejo de Gobierno. Y además, si de lo que se trataba era de la defensa de la autonomía local, consta en el expediente en el documento 14, informe del Consejo Andaluz de Concertación Local.

Contra la anterior sentencia de instancia, la FAMP interpone recurso de casación ante el TS, recurso que es estimado en base a los siguientes argumentos.

El artículo 57 de la LAULA creó el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, al que corresponde conocer con carácter previo cuantos anteproyectos de leyes, planes y

proyectos de disposiciones generales se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten a las competencias locales propias, e informar sobre el impacto que aquellas puedan ejercer sobre dichas competencias, pudiendo emitir juicios basados en criterios de legalidad y oportunidad que en ningún caso tendrán carácter vinculante, y que reglamentariamente se establecerá su régimen de funcionamiento. La LAULA entró en vigor, según su Disposición Final Undécima, "*a los treinta días de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*"; como quiera que esto tuvo lugar en el BOJA de 23 de junio de 2010, la entrada en vigor, en consecuencia, tuvo lugar el 23 de julio de 2010. El Decreto fue aprobado el 3 de agosto siguiente, y publicado en el BOJA de 13 de agosto de 2010. No existe, pues, duda de la vigencia de la Ley 5/2010 en el momento de la aprobación del Decreto impugnado, como la misma sentencia de instancia reconoce.

Reprocha el TS que el legislador andaluz no pospuso ---como pudo, y posiblemente debió--- la fecha de entrada en funcionamiento del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, limitándose a crearlo (artículo 57.1 de la LAULA) con efectos desde la entrada en vigor de la misma Ley.

Además, el Consejo Andaluz de Concertación Local es un órgano con distinta composición, naturaleza y funciones que el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, por lo que aquél no puede sustituir a éste.

Por otra parte, el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales ---de conformidad con la habilitación contenida en el 57.7--- fue aprobado por el Decreto 263/2011, de 2 de agosto, pero lo cierto es que la Ley 5/2010, ni pospuso su entrada en funcionamiento, ni incluyó la norma impugnada en el ámbito de su Disposición Transitoria Primera ("*Procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*"), que, en concreto, se refería ---sólo--- "*A los procedimientos de modificación de términos municipales, de cambio de capitalidad o de denominación de municipios, y los de creación de entidades locales autónomas, iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley*", debiendo entenderse que, en consecuencia, sólo a ellos "*les será de aplicación el régimen jurídico vigente en el momento de su incoación*".

Por tanto, en la tramitación del Decreto impugnado, ha estado ausente el trámite previsto en el artículo 57.2 de la LAULA. Y la ausencia del expresado trámite determinaría la vulneración del artículo 62.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual son nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren, entre otras, las leyes; precepto que es considerado básico.

LA IMPUGNACIÓN DIRECTA DEL ACUERDO DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE UNA MODIFICACIÓN DE UNA ORDENANZA FISCAL SOLO PUEDE REFERIRSE A LA MODIFICACIÓN EFECTUADA, PERO NO HABILITA PARA IMPUGNAR DE ESTA FORMA DIRECTA LA PARTE DE LA ORDENANZA AJENA A LA MODIFICACIÓN.

Sentencia número 968/2016 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de mayo.

Recurso de casación 2117/2014.

Ponente: Emilio Frías Ponce.

El Ayuntamiento de Barcelona aprobó de forma puntual una modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles para el ejercicio de 2012.

La Asociación del Gremio de Garajes de Barcelona interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo aprobatorio de la modificación, recurso que fue desestimado en instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Cataluña.

La pretensión ejercitada fue que se dejara sin efecto la decisión de aplicar el tipo de gravamen específico del 1 % para los bienes inmuebles urbanos excluidos los de uso residencial, destinados a uso de aparcamiento con un valor catastral superior a los 15.000,51 euros, y que se mantuviera el tipo vigente hasta el ejercicio 2009, que era el del 0,85%.

La Sala entendió que los motivos de impugnación que se referían a la infracción de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, y a la infracción del principio de igualdad en la contribución de cargas públicas, habían quedado ya resueltos por la sentencia de esta Sala de 19 de septiembre de 2013, dictada en el recurso de casación 6315/2011, interpuesto por la misma parte contra la sentencia nº. 1080/2011, de 25 de octubre de 2011, como consecuencia de la impugnación de la Ordenanza del mismo Ayuntamiento aprobada el 23 de diciembre de 2009.

Por otra parte rechaza el tercer motivo de impugnación relativo a la existencia de duplicidad impositiva entre el IBI y el IAE, al haber sido desestimado por la sentencia de 12 de mayo de 2011 en base al Auto del Tribunal Constitucional 123/2009, de 28 de abril de 2009.

Contra la anterior sentencia la parte recurrente interpone recurso de casación.

El TS desestima el recurso, declarando que la Sala de instancia no podía pronunciarse sobre el fondo, en la medida en que su pretensión se refería a aspectos de la Ordenanza no afectados por la modificación puntual de la misma.

En efecto, continua diciendo el TS, la impugnación de la modificación de la Ordenanza sólo permitía examinar si el incremento de los tipos aprobados para el ejercicio 2012 era o no correcto, nada más, pues a nada más se extendía su contenido, por lo que resultaban inadmisibles los argumentos contrarios a la Ordenanza Fiscal aprobada para 2010, que para la parte recurrente era firme e inatacable en vía directa.

EL TS DECLARA AJUSTADA A DERECHO UNA ORDENANZA MUNICIPAL DE USO Y DISFRUTE DE LAS PLAYA QUE PROHIBE LA PRÁCTICA DEL NUDISMO EN LAS PLAYAS QUE TENGAN LA CONSIDERACIÓN DE URBANAS.

Sentencia número 1052/2016 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo.

Recurso de casación 542/2014.

Ponente: José Luís Requero Ibáñez.

El Ayuntamiento de Cádiz aprobó en sesión celebrada el 3 de julio de 2009 la Ordenanza Municipal de Uso y Disfrute de las Playas de Cádiz. Dicha Ordenanza disponía en su artículo 14 la prohibición de la práctica del nudismo en las playas que tengan la consideración de urbanas, práctica que, sin embargo, permite el mismo artículo de la Ordenanza en las playas clasificadas como naturales sin protección especial, siempre y cuando exista una zona habilitada para ello; y su artículo 30.1 tipifica la infracción de la anterior prohibición como infracción leve.

La Federación Española de Naturismo interpuso recurso contra los anteriores artículos, recurso que fue desestimado por el TSJA de Andalucía con sede en Sevilla desestimo el recurso.

La parte recurrente interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, recurso que ha sido desestimado por el TS.

Fundamenta el recurso en que los artículos impugnados en cuanto supone limitación de derechos fundamentales, la modificación viola el deber de reserva de Ley Orgánica para la regulación de estos derechos, por lo que no puede hacerse mediante una Ordenanza municipal.

La Sala del TS recuerda que la doctrina fijada por dicha Sala sobre la materia es la siguiente:

1º.- El debate sobre la conformidad o disconformidad a Derecho de la Ordenanza municipal recurrida no puede centrarse exclusivamente en determinar si el nudismo constituye una verdadera ideología o si, por el contrario, nos hallamos ante prácticas, actitudes o formas de relacionarse con la naturaleza más o menos admitidas o discutidas socialmente.

2º.- Cuando el precepto correspondiente de la ordenanza prohíbe estar desnudo o semidesnudo en los espacios y vías de uso público - en este caso, en playas urbanas - y tipifica como infracción esa conducta no está condenando, restringiendo o limitando las creencias o las opiniones de los ciudadanos en relación con el naturismo, sino que hace algo mucho más simple: prohíbe la desnudez en los lugares de uso público general del territorio municipal y tipifica como infracción el incumplimiento de esa prohibición.

3º.- Desde esta perspectiva, no entendemos que el derecho a la libertad ideológica contenido en el artículo 16.1 de la Constitución resulte afectado en el supuesto que analizamos ni, por tanto, que la Ordenanza en estudio afecte a la dimensión externa de tal derecho fundamental (es decir, al *agere licere* o facultad de actuar con arreglo a las

propias ideas sin sufrir por ello sanción, compulsión o injerencia de los poderes públicos), pues no puede compartirse la idea de que " *estar desnudo* " en cualquier espacio público constituya, sin más, la manifestación externa de la libertad de pensamiento, ideas o creencias o que la desnudez misma deba ser entendida como un auténtico derecho ejercitable en todo lugar público.

4º.- Y por eso mismo no puede defenderse con éxito que resulten de aplicación al caso los argumentos contenidos en la sentencia de este Tribunal de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación 4118/2011), pues en el supuesto analizado por la Sala en dicha sentencia estaba en cuestión el uso de una determinada vestimenta (el velo), que fue considerada expresión directa e indubitada de un determinado sentimiento religioso, claramente conectada con la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad religiosa y, por ello, inmune a la limitación, restricción o prohibición de uso que una ordenanza municipal había establecido, al considerar que sólo la ley, respetando el núcleo esencial de ese derecho, podía establecer alguna regulación sobre la materia.

5º.- Por consiguiente, los motivos de casación que denuncian la infracción del artículo 16.1 de la Constitución y, por ello, del artículo 53.1 del mismo texto legal en cuanto exige regulación por ley orgánica de las limitaciones de aquel derecho fundamental deben rechazarse, pues la Sala no considera que la prohibición de estar desnudo en los lugares públicos de la ciudad o transitar por los mismos en bañador, así como la previsión de una infracción por su incumplimiento, conculquen los derechos fundamentales recogidos en aquel precepto constitucional.

Asimismo, la Sala del TS rechaza la pretensión de los recurrentes de que la regulación establecida en la Ordenanza infringe el derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución, afirmando lo siguiente:

1º.- De esta manera la Sala ha entendido que los entes locales tienen potestad para "*la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos*" (artículo 139 de la LRBRL), sin que pueda negarse, por obvio, que un ayuntamiento pueda ejercitar en relación con los espacios públicos municipales las competencias que el ordenamiento le otorga para garantizar aquellas relaciones de convivencia. No se pretende con tal regulación, como se defiende, establecer un concepto oficial de moral, ni imponerlo coercitivamente a quienes no lo comparten. Se trata, simplemente, de asegurar unas condiciones de uso de los lugares públicos que reúnan unos mínimos de aceptación por los residentes y visitantes de la ciudad.

2º.- Parece evidente que ha de reconocerse a la Corporación municipal, integrada por los representantes que los ciudadanos han elegido democráticamente, la capacidad de acotar el concepto "relaciones de convivencia", estableciendo para ello las medidas que impidan su perturbación con la finalidad última de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos. Ese es el mandato contenido en la ley al que debe atemperarse la actuación municipal, ajustándose en todo caso a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo perseguido (artículo 84.2 de la LRBRL).

3º.- Desde esta perspectiva, no puede tacharse de discriminatoria una resolución que determina que en los espacios de uso público no se puede practicar el nudismo

habida cuenta de la utilización general y mayoritaria de dicho espacio, de la necesidad de preservar la convivencia pacífica y del hecho, que entendemos notorio, de que la práctica del nudismo en esos espacios públicos dista mucho de ser, en el momento actual, aceptada con el grado mayoritario que las recurrentes pretenden.

4º.- Para que pudiera aceptarse que la prohibición de estar desnudo en la playa supone desconocer la evolución de las costumbres, la parte debería haber acreditado mínimamente que existe una generalizada aceptación de la práctica del nudismo, es decir, que las costumbres han evolucionado en el sentido propuesto.

5º.- En consecuencia, se rechaza la infracción del principio de igualdad dado que la medida controvertida, proporcional y razonable, ha sido adoptada por el órgano que ostenta la legitimidad democrática para ponderar el estado de opinión social y su proyección en la regulación de la convivencia.

**SUMINISTRO DE AGUA DE UN AYUNTAMIENTO A OTRO EN ALTA.
IMPOSIBILIDAD DE QUE LA CONTRAPRESTACIÓN CONSTITUYA UNA
TASA PUESTO QUE LOS AYUNTAMIENTOS CARECEN DE
COMPETENCIA PARA PRESTAR EL SERVICIO DE SUMINISTRAR AGUA
EN ALTA A OTROS MUNICIPIOS.**

*Sentencia número 1296/2016 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso
Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2016.*

Recurso de casación 592/2015.

Ponente: José Antonio Montero Fernández.

El Ayuntamiento de Cáceres suministraba agua en alta al de Malpartida de Cáceres. Aquél aprobó, de forma definitiva, las modificaciones de la Ordenanza Reguladora de la Tasa del Servicio Público de Distribución de Agua, en cuyo hecho imponible subsume la prestación del abastecimiento en alta al Ayuntamiento de Malpartida.

El Ayuntamiento de Malpartida interpuso recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Extremadura contra el referido acuerdo, instando como petición principal la nulidad de la referida Ordenanza Fiscal por no ser ésta el instrumento jurídico adecuado para regular la prestación del referido servicio de suministro de agua en alta y que debe regularse por vía convencional; y con carácter secundario, la nulidad de la Ordenanza pro no contemplar en su regulación una tarifa específica para la situación de usuario en alta, que es la posición del Ayuntamiento de Malpartida con respecto al de Cáceres, además de otros extremos.

El TSJ estimó en parte el recurso respecto a las peticiones secundarias puesto que la Ordenanza no define el hecho imponible de la tasa como la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable en general, sino que especifica que es el “abastecimiento de agua potable a domicilio”, por lo que no puede subsumirse la

prestación realizada en el hecho imponible definido en la Ordenanza. Pero, asimismo, desestimó la pretensión principal del Ayuntamiento de Malpartida, declarando que *“no corresponde a esta jurisdicción hacer declaraciones como la que se nos propone, esto es, que la regulación de las relaciones entre ambos Ayuntamiento por el servicio de distribución de aguas que uno presta a otro debe hacerse en un instrumento de carácter convencional”*.

Contra la anterior sentencia, el Ayuntamiento de Malpartida interpone el presente recurso de casación ante el TS.

El TS declara que un Ayuntamiento puede quedar sujeto a la tasa establecida por otro. No obstante, para que así sea resulta menester que, como se deduce de los artículos 20.1, primer párrafo, y 23.b) de la Ley 39/1988, en la redacción de la Ley 25/1998, se beneficie de modo particular por el servicio o la actividad local que le presta la otra entidad local. Y en este punto, no cabe negar tal condición al municipio que recibe de otro los medios para la prestación de un servicio que debe suministrar de forma ineluctable por disposición legal, como el propio TS ha sostenido en casos semejantes, que cita, que resultan directa e inmediatamente beneficiados aquellos municipios que, estando obligados por ley a la prestación de un servicio (en el caso se trataba de los propios de la protección civil y de la prevención y extinción de incendios), reciben de otra Administración pública (la Comunidad de Madrid) la cobertura necesaria para llevar a cabo dichas tareas, ahorrándose el coste de financiación, con independencia de que tal cobertura acabe beneficiando indirectamente a todos y cada uno de los habitantes del municipio. Pero la noción de tasa local, además de la presencia para el sujeto pasivo de la afección y el beneficio referidos, requiere otras dos notas: la primera consiste en que, en casos como el presente, se exija por la prestación de servicios públicos de competencia local y la segunda precisa que la prestación no sea de solicitud o recepción voluntaria (artículo 20.1 de la Ley reguladora de las Haciendas locales en relación con el artículo 26 de la Ley General Tributaria de 1963, en la redacción dada a ambos preceptos por la Ley 25/1998), y ninguna de tales condiciones concurre en el caso examinado. Cuestión distinta es que tal tasa sea exigida a los Ayuntamientos por el suministro de agua en alta por quien, de acuerdo con la legislación vigente, tiene competencia para prestar tal servicio: las Diputaciones o la asociación o agrupación de municipios que conforman una Mancomunidad, conforme a lo dispuesto en los arts. 26 y 44 de la Ley de Bases de Régimen Local, en relación, por la que pueden exigir la tasa correspondiente de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2004.

Y es que el abastecimiento domiciliario de agua es un servicio básico que están obligados necesariamente a prestar todos los municipios, pero no con carácter general o universal, sino dentro del ámbito territorial sobre el que ejercen su competencia. Esta prestación puede hacerse por sí mismo, a través de la Diputación, asociados a otros o a través de otras fórmulas previstas en las correspondientes leyes autonómicas, el art. 25 establece que el municipio *“ejercerá en todo caso competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: (...) Suministro de agua (...)”*.

Pero en este caso, continúa diciendo el TS, respecto del abastecimiento de agua en alta al Ayuntamiento de Malpartida, el Ayuntamiento de Cáceres ni actúa como ente

gestor, ni ejerce competencias propias habilitantes para el establecimiento de la tasa, en tanto que carece de competencia y no resulta legalmente obligado a prestar el servicio de abastecimiento de agua al Ayuntamiento de Malpartida, es decir, no es competente el Ayuntamiento de Cáceres para prestar el servicio de suministro de agua ni al Ayuntamiento de Malpartida ni a sus vecinos; en definitiva, el Ayuntamiento de Cáceres no presta el servicio público de abastecimiento de agua a Malpartida, con el alcance y delimitación legal previsto en la Ley de Bases de Régimen Local, sin que quepa confundir el sentido coloquial de lo que se entiende por "abastecimiento de agua en alta" con su sentido y delimitación jurídica que le otorga su regulación legal vista, y siendo la tasa la contraprestación del servicio de abastecimiento de agua, faltando este no puede establecerse aquella, pues la tasa se configura como una prestación coactiva por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos, lo que evidentemente no es el caso.

En consecuencia, el TS estima en este aspecto el recurso de casación.

GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL MEDIANTE EMPRESA MIXTA: FÓRMULA DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA INSTITUCIONALIZADA. CONTRATO SUJETO A REGULACIÓN ARMONIZADA Y POR TANTO, AL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL. CONCEPTO DE "GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO" EN MATERIA DE CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS".

Sentencia número 1502/2016 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2016.

Recurso de casación 1636/2015.

Ponente: Celsa Pico Lorenzo.

El Ayuntamiento de Soria, mediante acuerdo plenario de 21 de octubre de 2013, adjudicó la UTE formada por las mercantiles GS Inima Environment, SA y Valoriza Agua, SL (Valorinima, SL) el contrato para la selección, mediante procedimiento abierto, de un socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta, destinada a la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración, de la población de dicho municipio.

La mercantil Acciona Agua Servicios, SL interpuso, contra el acuerdo de la adjudicación referido recurso ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, recurso que el Tribunal inadmitió mediante Resolución de 28 de noviembre de 2013.

Acciona Agua Servicios, SL interpuso recurso contencioso administrativo contra la anterior resolución ante el TSJ de Castilla y León, recurso que fue estimado por el referido Tribunal en fecha 27 de marzo de 2015, declarando que la Resolución de adjudicación de fecha 21 de octubre de 2013 sí es susceptible de recurso especial en

materia de contratación al reunir los requisitos exigidos en el artículo 40.1 del TRLCSP, debiendo dicho recurso ser resuelto por el mencionado Tribunal.

El Ayuntamiento de Soria y GS Inima Environment, SA interponen recurso de casación contra la anterior sentencia.

La Sentencia de instancia declara, en síntesis y entre otros extremos, que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos, por lo que para que proceda el recurso especial sería preciso que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros; que es un supuesto *sui generis*, puesto que se trata de un contrato que adopta la modalidad de sociedad de economía mixta en la que la Administración participa en concurrencia con personas naturales o jurídicas; que la selección de un socio privado es elemento fundamental sin perjuicio de que, además, tenga por objeto llevar a cabo la gestión del servicio público integral del agua; que entiende comprendido dentro del concepto de gastos de primer establecimiento todo aquel gasto necesario para la constitución de esta sociedad de economía mixta, pues si no se constituye esta sociedad no es posible comenzar con la gestión del servicio público porque puede que no se precise realizar ninguna inversión en cuanto a medios materiales, considerados en sentido estricto, para la prestación de la gestión del servicio, pues el Ayuntamiento pone a disposición de la sociedad de economía mixta la red de abastecimiento de agua y de saneamiento precisa para llevar a cabo la gestión del servicio, pero es imposible que se comience a gestionar este servicio si no se ha constituido esta sociedad de economía mixta, por lo que no puede considerarse ajeno el gasto generado por la constitución de esta sociedad al denominado "*gasto de primer establecimiento*"; que, de acuerdo con los términos de los Pliegos de Condiciones, el capital social debe ser como mínimo 4.500.000 euros, de los que el adjudicatario ha de aportar el 74 por 100 y el Ayuntamiento el 26 por 100 restante, capital que debe de ser desembolsado al momento de la constitución de la sociedad al ser una constitución de la sociedad por fundación simultánea, no cabe la menor duda de que el gasto de primer establecimiento es superior a 500.000 €

El TS declara que el controvertido concepto "gastos de primer establecimiento" a que se refiere el apartado c) del art. 40.1. del TRLCSP para delimitar los contratos susceptibles de recurso especial es un concepto ajeno a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y al resto de Directivas de recursos traspuestas por la Ley de Contratos del Sector Público, y que, por tanto, ha provocado problemas de interpretación en los tribunales de recursos contractuales.

No obstante, lo relevante es que no es un simple contrato de gestión sino que, con carácter previo, debe seleccionarse al socio privado de la sociedad de economía mixta expresamente creada para prestar el servicio público integral del agua. Sentado esto, no es ajeno al derecho comunitario una actuación como la controvertida, esto es la selección de un socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta destinada a la gestión del servicio municipal de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración. Y al ser el porcentaje de titularidad de la empresa mixta del socio privado

mayoritaria, ha de entenderse que estamos en presencia de una fórmula de Colaboración Público Privada Institucionalizada.

Así se expresa la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)-2008/C 91/02-. Se afirma, existe CPPI en casos en los que se crea una entidad económica común del socio privado y del público, con la misión de preparar o prestar un servicio de interés general, para lo que puede utilizarse la figura de la creación de una empresa pública mixta o abriendo la participación al capital privado de una empresa pública ya existente.

Si calificamos el contrato como modalidad de CPPI en aplicación del artículo 11 y 18 TRLCSP, como en cierto modo hace la Sala de instancia en su fundamento quinto, tiene la condición de contrato sujeto a regulación armonizada, SARA, por haberlo así dispuesto el legislador español. Por ello es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 40.1 a) (contratos CPPI) sin que hubiere que acudir al apartado c) (contratos cuyo gasto de primer establecimiento, IVA excluido, supere los 500.000 euros).

Por tanto, el TS desestima el recurso de casación.

TASA POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS. SUCIENCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL COSTE DEL SERVICIO EN FUNCIÓN DE LO QUE HAYA QUE SATISFACERSE AL CONCESIONARIO

Sentencia número 1569/2016 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2016.

Recurso de casación 1206/2015.

Ponente: Emilio Frías Ponce.

La Asamblea del Consorcio de Residuos de las Zonas X, XI y XII de la Comunidad Valenciana aprobó el 27 de septiembre de 2012 la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por prestación del servicio de transferencia, transporte, valorización y eliminación de residuos urbanos y ecoparques para el ejercicio 2013.

Contra el anterior acuerdo la Asociación Empresarial Hotelera de Gandía y La Safor interpuso recurso contencioso administrativo ante el TSJ de la Comunidad Valenciana, el cual desestimó el recurso.

Interpuesto recurso de casación contra la anterior sentencia, el TS lo desestima.

El recurrente alegó en instancia la insuficiencia de la memoria económico o financiera emitida por la Comisión Técnica en materia tributaria del Consorcio, por limitarse a cuantificar en términos generales los costes directos y los costes indirectos del servicio, no justificando tampoco las modificaciones introducidas respecto de la

Ordenanza del año 2012, ni el origen del índice estimativo aplicado a la revisión de precios de los cánones correspondientes al segundo semestre de 2013 y, por otro, la infracción del art. 24.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Hacienda local por contravenir el cálculo del coste directo del servicio el régimen contractual de revisión de precios.

Sin embargo, el TS declara que en el estudio económico financiero del expediente se reflejan los gastos y costes previsibles, su importe por partidas, hasta cuantificar los costes directos e indirectos del servicio, explicándose que los costes directos del servicio vienen determinados por la resolución del expediente de modificación contractual con la concesionaria Vytrusa por el cambio de destino de los residuos en el periodo transitorio a la planta de Fontcalent de Alicante, por un importe de 11.927.040,10 € detallándose que tiene en cuenta la cantidad prevista de residuos, el coste total por tonelada tanto por el canon de transferencia y transporte, como por el canon de valorización y eliminación, y la partida por basculista plantas de transferencia, 200.000 euros, que obedece según consta en el propio expediente al importe del contrato de servicios, suscrito con la empresa que ejerce dichas funciones.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

HACIENDAS LOCALES. CONTRIBUCIONES ESPECIALES. BENEFICIO PARTICULAR DE LAS OBRAS OBJETO DE CONTRIBUCIÓN, A LAS PROPIEDADES DE LOS SUJETOS AFECTADOS POR LA EXACCIÓN. OBRAS DE MEJORA DE CAMINOS RURALES. EXAMEN DEL CONCEPTO DE BENEFICIO PARTICULAR EN ESTE TIPO DE OBRAS

Sentencia número 36/2016 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 18 de enero.

Recurso contencioso administrativo 628/2011.

Ponente: María Rogelia Torres Donaire.

La sentencia examina el recurso contencioso administrativo interpuesto por un particular contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra liquidación girada, en fecha 30 de junio de 2010, por el Ayuntamiento de Torreperogil (Jaén), por importe de 7.693,79 euros, en concepto de cuota correspondiente a la contribución especial aprobada para la realización de la segunda fase de las Obras de Ejecución en la Adecuación de la Red de Caminos Rurales en el término municipal de Torreperogil, aprobado por el Pleno Municipal de 10 de octubre de 2007, y acuerdo sobre imposición y ordenación de dicha contribución especial, aprobado provisionalmente el día 30 de abril de 2008, y notificado el 16 de agosto de 2010 junto a las mencionadas liquidaciones (1.504Ž3112 y 6.189Ž48).

En lo que aquí interesa, aparte de otras cuestiones, la parte recurrente alega que sus fincas no quedan beneficiadas por estas obras dado que el trazado no conecta con las referidas parcelas, al existir un tramo de 900 metros en el que no existe firme y su uso no apto por el terreno mojado, así como que el acceso más cómodo se realiza desde la carretera NUM000 por el Camino de Cabañas, al dictar solo 2.900 metros frente a los 3.700 metros que dista por el Camino de Pichilín, de tal manera que la mejora de los caminos rurales que le circundan ni aumenta el valor de la misma ni le produce beneficio alguno.

La Sala considera que el presupuesto necesario para exigir una contribución especial no es sólo la realización de una obra pública o el establecimiento o ampliación de un servicio público, sino también que, unido al beneficio que, en este caso, la obra pública reporte a la comunidad, sea apreciable también un beneficio aislado o particular que recaiga sobre ciertos afectados, quienes serán por ello sujetos pasivos de este tributo, por lo que debe determinarse si en el supuesto enjuiciado concurre el presupuesto que legitima el establecimiento de contribuciones especiales para la financiación de las obras proyectadas, esto es, si como consecuencia de su ejecución se experimenta un beneficio especial para los llamados al pago de este tributo.

Pues bien, desde esta perspectiva no es posible cuestionar el hecho de que la ejecución de unas obras públicas locales consistentes en la mejora y acondicionamiento de unos caminos rurales sitos en el término municipal de Torreperogil, de manera indirecta puede redundar en beneficio de una generalidad indeterminada de usuarios, beneficio que, sin embargo, es posible afirmar en todos aquellos que hipotéticamente utilicen las referidas vías pecuarias pero, al mismo tiempo, ninguna duda cabe tampoco de que quienes se ven especialmente beneficiados por la realización de tales obras de acondicionamiento y reparación de caminos rurales son los propietarios de las fincas rústicas colindantes o próximas a las vías pecuarias objeto de remodelación, por tratarse de quienes, con mayor asiduidad, probablemente, harán uso de tales caminos, permitiéndoles el mejor acceso a las finca de su propiedad, al tiempo que la ejecución de dichas obras revaloriza dichos predios rústicos y facilita las tareas propias de su producción agrícola.

El hecho de que la demandante tuviera también acceso a sus fincas por medio de una carretera, - acceso que no es directo, al tener una longitud de 2.6900 desde la carretera X respecto de la parcela Y, al igual que ocurre con el acceso por el camino de Pichilín en el que el trazada es de 5.800 metros, concluimos en que el beneficio no ha sido desvirtuado por la recurrente, además de que ello no entorpece a lo anteriormente expuesto, ya que, con carácter general, puede decirse que es suficiente con que las obras o servicios públicos puedan ser utilizadas (simple potencialidad) por los interesados, para que se entienda producido el beneficio, aunque de hecho y por su propia voluntad no las utilicen. Quiere esto decir que, aunque a las fincas propiedad de la actora se pueda acceder por una carretera, la mejora y acondicionamiento de los caminos rurales que circundan las fincas de la recurrentes siguen reportándole un beneficio especial, pues además de que se trata de caminos que potencialmente pueden ser transitados por aquél, cabe añadir que siempre resulta más ventajoso contar con un acceso más idóneo por la seguridad que ello le otorga, aumentando así el valor teórico de la finca, que a la postre es el beneficio especial.

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. ES PRECISO QUE LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MOTIVE LA CONCURRENCIA DE LA CULPABILIDAD DEL INFRACTOR

Sentencia número 162/2016 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 25 de enero.

Recurso contencioso administrativo 1880/2010.

Ponente: María Rogelia Torres Donaire.

El objeto del recurso lo constituye la impugnación de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, Sala de Granada, de fecha 25 de junio de 2010, por la que se desestimó la reclamación económico administrativa número NUM000 interpuesta por los recurrentes contra el acuerdo de la Agencia Estatal de la

Administración Tributaria, Delegación de Granada, de fecha 4 de noviembre de 2009, que les impuso una sanción por importe de 650 euros (50% de la cuota tributaria dejada de ingresar), como autor de una infracción tributaria leve, tipificada en el artículo 191 de la LGT, consistente en haber dejado de ingresar dentro de plazo la cuota tributaria correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio 2007.

La parte actora, sin cuestionar el criterio de la Administración sobre el tratamiento fiscal procedente, alega, en primer lugar la ausencia de motivación del acuerdo sancionador; añadiendo, en cuanto al culpabilidad, que su actuación estuvo amparada en una interpretación razonable de la norma aplicable al caso, dado que en todo caso los actores cumplieron sus obligaciones fiscales y no hubo ocultación de las bases.

La Resolución administrativa combatida, dice la Sala, se limita a decir que *"La normativa tributaria prevé que las acciones y omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad, entre otros motivos, cuando se haya puesto a diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. En el presente caso a la vista de los antecedentes que obran en el expediente, se aprecia una omisión de la diligencia exigible ya que la normativa tributaria regula de forma expresa y clara la obligación incumplida. Es de destacar que la Administración tributaria pone, asimismo, a disposición de los contribuyentes una gran variedad de servicios de información y de confección de declaraciones a los cuales puede acudir el obligado tributario en caso de duda sobre la citada obligación. Por otra parte, no existe un error involuntario ni una razonable discrepancia de criterios acerca del contenido y alcance de la norma; por tanto, concurre el mínimo de culpabilidad necesaria para que pueda entenderse cometida la infracción tributaria"*.

La Sala entiende que la Resolución no cumple los requisitos de motivación, y al efecto señala que la normativa tributaria presume que la actuación de los contribuyentes está realizada de buena fe, por lo que corresponde a la Administración la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias. Por ello, debe ser el pertinente acuerdo el que, en virtud de la exigencia de motivación que impone a la Administración la Ley General Tributaria, refleje todos los elementos que justifican la imposición de la sanción, sin que la mera referencia al precepto legal que se supone infringido (sin contemplar la concreta conducta del sujeto pasivo o su grado de culpabilidad) sea suficiente para dar cumplimiento a las garantías de todo procedimiento sancionador, ya que tal proceder impide el control jurisdiccional sobre el modo en que la Administración ha hecho uso de su potestad, al desconocer las razones o valoraciones que ha tenido en cuenta para imponer una determinada sanción.

La anterior doctrina, dice la Sala, ha sido finalmente fijada en la sentencia del TS, Sala de lo contencioso administrativo de 16 de julio de 2015, dictada en Recurso de Casación para la unificación de doctrina número 650/2014, y que referente a la culpabilidad dice: *"Ya se ha dicho los hechos sancionados fueron, "acreditar improcedentemente bases imponibles negativas a compensar", sin más, ha de acudir al Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia para tener conocimiento de los hechos*

acaecidos, y cabe de nuevo recordar la doctrina de este Tribunal Supremo en el sentido de que no es posible sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de donde se colige la existencia de culpabilidad. En esta línea la doctrina jurisprudencial es muy clara, en aquellos casos en que la Administración no motiva mínimamente los hechos o circunstancias de los que deduce que el obligado tributario ha actuado culpablemente, confirmar la sanción porque éste no ha explicado en que interpretación alternativa y razonable ha fundado su comportamiento, equivale, simple y llanamente, a invertir la carga de la prueba, soslayándose de ese modo las exigencias del principio de presunción de inocencia, sólo cuando la Administración ha razonado, en términos precisos y suficientes, en qué extremos basa la existencia de culpabilidad, procede exigir al acusado que pruebe la existencia de una causa excluyente de responsabilidad, lo que evidentemente no es el caso por las razones que hemos venido desarrollando anteriormente.

Por último, decir de nuevo que los déficits de motivación de las resoluciones sancionadoras no pueden ser suplidas ni por los Tribunales Económicos Administrativos, ni por el órgano judicial, porque la competencia para imponer las sanciones tributarias corresponde exclusivamente a la Administración tributaria”.

MODIFICACIÓN DE LAS CLAÚSULAS DE LA CONCESIÓN DE USO PRIVATIVO DE LA VÍA PÚBLICA. LA MODIFICACIÓN AL SER SUSTANCIAL CONSTITUYE UNA NOVACIÓN, POR LO QUE LO PROCEDENTE ES REALIZAR UNA NUEVA LICITACIÓN. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR EL ACUERDO DE QUIEN PARTICIPÓ EN EL PROCESO DE LICITACIÓN INICIAL

Sentencia número 1/2016 de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, de 11 de enero.

Recurso de apelación: 1614/2014.

Ponente: María Teresa Gómez Pastor.

La mercantil Corporación Europea de Mobiliario Urbano, S.A. (CEMUSA) tiene la concesión del Ayuntamiento de Málaga de uso privativo de la vía pública mediante la instalación y explotación publicitaria de mobiliario urbano. La Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Málaga de fecha 4 de mayo de 2011, acuerda la modificación de la concesión consistente en la adición de nuevas inversiones a las iniciales previstas en el contrato de concesión, y de un sistema de préstamo de bicicletas.

Contra el anterior acuerdo interpone recurso contencioso administrativo la mercantil El Mobiliario Urbano, S.L.U, mercantil que participó en la previa concesión, que es estimado por el juzgado de lo contencioso administrativo número 5 de Málaga el 27 de marzo de 2014, sentencia contra la que tanto CEMUSA, como el Ayuntamiento de Málaga, recurren en apelación.

El TSJA desestima el recurso de apelación.

En primer lugar se aduce falta de legitimación de la entidad recurrente, El Mobiliario Urbano, S.L.U. La Sala parte de la distinción entre la legitimación "*ad processum*" y la legitimación "*ad causam*", consistiendo la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica para ser parte en cualquier proceso, en tanto que la legitimación "*ad causam*", de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor e implica una relación especial entre una persona y la situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en este pleito; añadiendo la doctrina científica que esa idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal. Y en nuestro caso se aprecia la efectiva concurrencia de intereses legítimos que autorizan tener a la recurrente como legitimada para impugnar en la vía jurisdiccional el acuerdo de modificación de la concesión, por más que la eventual estimación del recurso hubiera de ceñirse en su alcance y efectos al retorno a la situación anterior, permaneciendo inalteradas las condiciones bajo las que fue otorgada la concesión a un tercero pues justificando la modificación el impago del canon por parte de la concesionaria y la ampliación de su inicial objeto, claro está el beneficio que podría reportar a la demandante -que, en su momento, participó en el procedimiento de adjudicación de la concesión en cuestión- que la concesionaria no pudiera hacer frente a su obligación de pago del canon (provocando con ello, eventualmente, la extinción de la concesión), así como la anulación del acuerdo de modificación en cuanto al objeto de la concesión (con la posibilidad, en ambos casos, de participar en nuevo procedimiento de concurrencia competitiva, conforme a lo establecido en el artículo 58.2 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas a que remite el indicado precepto reglamentario).

En cuanto a la cuestión de fondo, la Sala estima que resulta aplicable a la concesión la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDL 2/2000, de 16 de junio, por ser la norma que regía en el momento de la concesión, cuyo artículo 59.1 incluye entre las prerrogativas de la Administración contratante la eventual modificación de los contratos, si bien condicionando tal posibilidad a la concurrencia de un interés público. A su vez, el artículo 101.1 dispone: "*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente*".

Pero es que, además de ello, tampoco el Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, autoriza la modificación incondicionada de la concesión. Antes al contrario, el artículo 67 de dicho Cuerpo reglamentario sujeta las modificaciones a una "autorización motivada" de la Entidad Local concedente -exigencia formal que hay que poner necesariamente en relación con el interés público a que hace específica mención la normativa sobre contratación administrativa anteriormente expuesta y al que, en

definitiva, debe atender en cualquier caso la actuación de las Administraciones Públicas territoriales- e impone como límite la imposibilidad de que se introduzcan modificaciones sustanciales en el proyecto y en las condiciones económicas.

Debemos notar que, pese a incluir el artículo 67 aludido una específica previsión en orden a considerar modificaciones sustanciales "*las que superen el treinta por ciento del presupuesto de las obras o el quince por ciento de cualquiera de las condiciones económicas*", la anterior puntualización no puede interpretarse en el sentido postulado por la Administración apelante, esto es, en el de circunscribir el concepto de modificación sustancial a aquellas que comporten una alteración del presupuesto o condiciones económicas que exceda del reglamentariamente previsto pues, si tal clase de modificación tiene la conceptualización de sustancial, en todo caso, por imperativo legal, ello no excluye ni enerva la prohibición general de modificaciones sustanciales de cualquier índole, entre las que se incluyen, claro está y por lo que hace a las cuestiones aquí suscitadas, las concernientes al objeto mismo de la concesión, lo que reduce la cuestión a dilucidar si las modificaciones en este caso autorizadas merecen o no la consideración de sustanciales.

Conforme a lo pliegos de condiciones técnicas que rigieron el concurso para la concesión del uso privativo de la vía pública mediante la instalación y explotación publicitaria de mobiliario urbano en el término municipal de Málaga) y el contrato formalizado con la concesionaria, el objeto inicial de la concesión no era otro que la adjudicación del derecho de uso privativo de la vía pública por un plazo de quince años, mediante la instalación y explotación publicitaria de mobiliario urbano en el término municipal de Málaga (en concreto de las siguientes unidades o elementos: 350 soportes publicitarios; 500 marquesinas en paradas de autobús; 300 postes de paradas de autobús; y 10 aseos incorporados a marquesinas de forma integrada) a cambio del pago de un canon anual (ascendente, en el año 2006, a 4.384.000 euros), siendo el precio del contrato de 62.400.000 euros.

La modificación cuestionada tenía como principal contenido y alcance la alteración de la forma de pagar el canon que había de abonar la concesionaria al Ayuntamiento de modo que, en lo sucesivo, el pago había de serlo no ya en metálico sino parte en metálico (2.500.000 euros, actualizables anualmente en la forma establecida en los pliegos para la concesión inicial) y parte en especie mediante la ejecución de un Plan de instalación y de mantenimiento y conservación comprensivo de determinadas inversiones [dotación con mobiliario urbano -marquesinas y postes- a las paradas de autobús de nueva creación o existentes con mobiliario instalado de la anterior concesión que hubieran sido remodeladas tras diferentes obras municipales; otras dotaciones de mobiliario (paneles solares, leds, pegatinas en lenguaje braille...); e instalación de un sistema alternativo y complementario de movilidad urbana a base de estaciones para bicicletas]. El presupuesto de la modificación ascendía, según informe de la Empresa Malagueña de Transportes al que se remite el acuerdo

Interesa destacar, primero, que como consecuencia de la modificación operada el abono en metálico del canon -única modalidad de abono prevista en los pliegos, en los que, además se asigna específicamente al canon concesional el carácter de tasa, que debe ser satisfecha en metálico -(artículo 60 de la Ley General Tributaria)- se ve

reducido sustancialmente, pues de los 4.384.000 euros al año actualizables iniciales pasa a ser de 2.500.000 euros por año actualizables y que, segundo, el resto del canon a abonar en metálico se sustituye por una ampliación del inicial objeto de la concesión a ciertas prestaciones relacionadas con un sistema complementario de movilidad urbana que, había de consistir en ofrecer al usuario del transporte público una bicicleta al finalizar su desplazamiento en autobús para llegar a su destino final, previa entrega de una cantidad simbólica a modo de fianza y penalizando el exceso de tiempo en el uso de la misma, consistiendo las principales obligaciones del contratista en relación con ese nuevo sistema complementario de transporte en: el suministro e instalación de 16 estaciones base completas y un mínimo de 600 puntos de anclaje de bicicletas, las instalaciones de recepción y fijación de bicicletas, los elementos para el cobro del alquiler y la recepción y emisión de datos, etc.; el suministro de un mínimo de 600 bicicletas adecuadas para su uso en el sistema complementario de transporte; y el mantenimiento y gestión integral del servicio durante el período del contrato, con asunción de todos los gastos generados por la instalación, puesta en marcha, gestión y funcionamiento del sistema (reparación de todos los elementos y sustitución de los averiados, redistribución y reposición de bicicletas, gestión de altas, solución de incidencias, etc.).

Todo ello sin derecho de la concesionaria a la explotación publicitaria de las nuevas instalaciones, pese a ser objeto de la inicial concesión, como hemos dicho, el uso privativo de la vía pública mediante la instalación de mobiliario urbano para su explotación publicitaria en los términos y condiciones fijados en el Pliego.

Si a ello se une que, conforme a lo que ha quedado expuesto, claramente se amplía el objeto originario de la concesión para pasar a conformar lo que sería, propiamente, un contrato de suministro de ciertos elementos del mobiliario urbano y accesorios o complementarios y otro de concesión de servicio público -tratándose del servicio de transporte complementario, atendido su objeto y contenido y el tipo de obligaciones que, había de asumir la concesionaria en relación al referido servicio- resulta palmario y evidente que, como concluyó con pleno acierto la Juez *a quo*, nos encontramos ante una alteración sustancial del objeto del contrato que no puede encontrar amparo en el *ius variandi* de la Administración y que tuvo que ser objeto de procedimiento de concurrencia competitiva, sin apreciarse que el órgano de instancia incurriera en error alguno en la valoración del material probatorio sobre el contenido y alcance de la modificación cuestionada ni en las conclusiones alcanzadas en cuanto al carácter sustancial o no de la misma.

Produciéndose una alteración en las condiciones previstas al otorgarse la concesión, con radical cambio del planteamiento económico que tenía la misma en el momento de su otorgamiento y ampliación a prestaciones de diversa naturaleza a las inicialmente previstas existe, en definitiva, alteración sustancial del objeto concesional, con flagrante vulneración de la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas y del artículo 67 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, que expresamente proscribía, como hemos visto, la introducción de

modificaciones sustanciales en el proyecto y en las condiciones económicas una vez otorgada la concesión.

Debemos, por lo demás, puntualizar con respecto a las razones o causas justificativas aducidas por la Administración demandada que el incremento del número de viajeros, líneas, paradas y longitud de la red, con la consiguiente necesidad de incrementar los elementos del mobiliario urbano definidos en los Pliegos no pueden en absoluto reputarse una necesidad nueva o causa imprevista que justificaran la modificación, pues tal incremento es perfectamente previsible, atendido el período temporal por el que se prolongaba la concesión (quince años) y el tipo de servicios de que se trata (transporte urbano regular de viajeros), como tampoco puede basarse la modificación en una supuesta obsolescencia cuando apenas habían transcurrido cinco años desde el inicio de la concesión.

Además de ello y como se expone en la Sentencia apelada si las expresadas necesidades pueden reputarse justificativas de la concurrencia de un interés público en la instalación de nuevos elementos del mobiliario urbano y actualización de los ya existentes la satisfacción del aludido interés tuvo que instrumentalizarse por la vía del pertinente procedimiento de concurrencia competitiva en lugar de acudir, improcedentemente, a un expediente de modificación del contrato de concesión en su momento formalizado con la sustancial alteración de su objeto y condiciones a que se hizo anteriormente mención.

Resulta también evidente, en fin, que no puede conceptuarse como causa justificativa la pretensión de homogenización (que puede lograrse imponiendo al nuevo concesionario la obligación de ajustar los nuevos elementos a los ya existentes en su diseño y características) ni, claro está, la existencia de un impago por parte de la adjudicataria del canon concesional que, antes al contrario, debiera justificar no ya la modificación del contrato sino su extinción, conforme a lo prevenido en la cláusula 18^a del Pliego y en el artículo 100 de la Ley 33/2003 o la revocación de la concesión, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 74.2.a) del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.