

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

RETROACTIVIDAD DE TARIFA DE UTILIZACIÓN DE AGUA Y DE CANON DE REGULACIÓN APROBADA EN FECHA POSTERIOR A LA DE SU DEVENGO: PROHIBICIÓN. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 451/2020 de 18 de mayo de la Sección 2ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 2808/2017.

Ponente: Jesús Cudero Blas.

Las cuestiones que se plantean de interés casacional son las siguientes:

a) Determinar si, a la luz del artículo 114 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y de los artículos 303,310y311 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, resulta posible aprobar el canon de regulación y la tarifa de utilización del agua una vez iniciado el periodo impositivo o, si por el contrario, dicha posibilidad no existe, porque se incurriría en un supuesto de retroactividad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución Española.

b) Dilucidar si, aun cuando no se incurra en una irretroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución Española, dichos preceptos reglamentarios cuentan con cobertura legal o se extralimitan de lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Aguas, particularmente en su artículo 114.4.

Y responde de la siguiente manera:

a) En cuanto al momento en que debe quedar aprobado el canon o la tarifa, según los casos, no es posible su aprobación una vez iniciado el periodo impositivo que, para los años siguientes a aquél en que se produzca la mejora o beneficio de los usos o bienes afectados (caso del canon) o en el momento en que puedan utilizarse las instalaciones de las obras hidráulicas (supuesto de la tarifa), debe entenderse que es el primer día del año natural, de suerte que la aprobación posterior a dicho día incurriría en una retroactividad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

Debe aclararse que no es de suyo, inexorablemente, inconstitucional la posibilidad de una retroactividad de grado débil, en caso de normas legales que introdujeran previsiones in malam partem antes de la finalización del periodo impositivo, porque tal proceder no vulneraría per se el límite constitucional del artículo 9.3 CE, que consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o

restrictivas de derechos individuales, entre las que no se encuentran las normas tributarias, a menos que la retroactividad afectase a otros principios constitucionales, significadamente la seguridad jurídica.

Pero tal no es, estrictamente, el dilema planteado en este asunto, pues las leyes, según dispone el artículo 2.3 del Código Civil” no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario” y en la regulación legal de la Ley de Aguas no hay previsión alguna a ese respecto, fuera conforme o disconforme con la Constitución. El problema verdadero anudado a la extemporaneidad acaecida en este caso enjuiciado es el de observancia del principio de legalidad, uno de cuyas vertientes, el de la lex previa, obliga al poder público a dar a conocer los elementos esenciales de las obligaciones, cuando surjan de la ley, como las tributarias, antes de que tales obligaciones nazcan.

b) La segunda de las cuestiones sobre que nos interroga el auto de admisión, relativa a "...si, aun cuando no se incurra en una irretroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución Española, dichos preceptos reglamentarios cuentan con cobertura legal o se extralimitan de lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Aguas, particularmente en su artículo 114.4 ", debe recibir una respuesta negativa.

En efecto, sobre la cuestión referida a la eventual infracción legal de los preceptos reglamentarios, artículos 310 y 311 RDPH -al que habría que añadir, por coherencia, el artículo 303-, esto es, si cuentan o no con cobertura legal o se extralimitan de lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Aguas, particularmente en su artículo 114.4, hay que decir lo siguiente:

a) Tales preceptos no han sido aplicados por la Administración en la emisión de las liquidaciones, por lo que no habría lugar a su inaplicación por ilegalidad, como hace la sentencia de instancia, con fundamento en el artículo 6 LOPJ, por falta de relevancia a la hora de resolver. En este asunto, ni se efectuó una liquidación provisional ni una definitiva fundamentada en el presupuesto último aprobado -que es el ámbito material en que juegan tales preceptos-, sino que, por el contrario, se han exigido liquidaciones nuevas, aplicación de tarifas -y cánones- también nuevas, pero tardíamente aprobadas y emitidas;

b) En todo caso, ambos preceptos han sido declarados conformes al ordenamiento jurídico en las sentencias de 26 de enero de 2004 y de 28 de septiembre de 2004.

En la primera de ellas se suprimió un inciso referido a la posibilidad de practicar liquidaciones provisionales o a cuenta "...en el caso de que la tarifa no pudiera ser puesta al cobro en el ejercicio corriente debido a retrasos motivados por tramitación de Impugnaciones o recursos o por otras causas, el Organismo gestor podrá aplicar provisionalmente y a buena cuenta la última aprobada que haya devenido firme".

Tras la anulación judicial, el precepto quedó así: "En el caso de que la tarifa no pudiera ser puesta al cobro en el ejercicio corriente, debido a retrasos motivados por tramitación de Impugnaciones o recursos o por otras causas, el organismo gestor podrá aplicar la última aprobada que haya devenido firme".

Por consiguiente, los preceptos han sido ya juzgados, de forma directa, por este Tribunal Supremo, en que se mantiene la conformidad a Derecho de tales artículos, excepción hecha del inciso anulado, los cuales, por lo demás, conservan su redacción originaria, por lo que no es pertinente analizar su disconformidad con la Constitución o con la Ley de Aguas, máxime cuando las sentencias que decidieron las cuestiones de ilegalidad examinaron explícita y pormenorizadamente la cuestión relativa a la retroactividad denunciada, justamente para negar su concurrencia.

Por lo demás, el artículo 114.4 TRLA se refiere a la distribución o reparto, entre los beneficiarios, del importe global constituido por la suma de los conceptos enumerados en el apartado 3 del mismo artículo, norma en todo caso extraña a cualquier previsión temporal, fuera en la aprobación del canon o la tarifa, fuera para la emisión de las liquidaciones.

En definitiva, ni hay retroactividad prohibida, ni son disconformes a Derecho ambos preceptos reglamentarios ni el artículo 303 -relativo al canon- también enjuiciado en las cuestiones de ilegalidad, ni habría juicio de relevancia de tales preceptos.

Por ello debe decirse, para dar respuesta a la segunda cuestión suscitada en el auto de admisión, que tales preceptos reglamentarios no contravienen la Constitución ni la Ley de Aguas, tal como esta misma Sala ya ha declarado con valor de cosa juzgada y, en particular, no incurrir en clase alguna de retroactividad.

**HORARIOS COMERCIALES. ZONAS DE GRAN AFLUENCIA TURÍSTICA.
LIMITACIONES TERRITORIALES O TEMPORALES EN LA DECLARACIÓN
CONSIDERACIÓN DE LIMITACIONES AL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD DE
MERCADO. INTERÉS CASACIONAL**

Sentencia número 480/2020 de 18 de mayo de la Sección 3ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 362/2019.

Ponente: José María del Riego Valledor

La Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contenciosos Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la indicada asociación contra la resolución de 15 de julio de 2016 de la Consejería de Economía, Empleo e Industria de la Junta de Galicia, por la que se aprobó la propuesta motivada del Ayuntamiento de Vigo de declaración de determinadas áreas del municipio de Vigo como zona de gran afluencia turística.

Las cuestiones que se plantean de interés casacional son las siguientes:

a) Determinar si la introducción de limitaciones temporales y territoriales en las declaraciones de zona de gran afluencia turística, permitidas y reguladas en el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, puede considerarse como una restricción al libre ejercicio de la actividad económica en los términos previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en relación con el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

b) Aclarar si, en ese caso, a la justificación de dichas restricciones en atención a los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor que exige el citado precepto 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, debe sumarse la justificación de que concurren razones imperiosas de interés general y de que tales restricciones temporales y geográficas son idóneas, necesarias y proporcionadas al objetivo perseguido.

En la materia de horarios comerciales de domingos y festivos que ahora nos ocupa, la regla general establecida por el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales (LHC), es que los comercios podrán permanecer abiertos al público un número mínimo de dieciséis domingos y festivos, si bien la norma estatal contempla que las Comunidades Autónomas puedan modificar dicho número en atención a sus necesidades comerciales, incrementándolo o reduciéndolo, sin que en ningún caso se pueda limitar por debajo de diez el número mínimo de domingos y festivos de apertura autorizada.

No obstante, la anterior regla sobre la apertura en horarios y festivos no es de aplicación en relación con los establecimientos con régimen especial de horarios, que se determinan en el artículo 5 de la LHC, los cuales tienen plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional.

Entre los establecimientos con régimen especial de horarios del indicado artículo 5 de la LHC se encuentran los que dispongan de una superficie útil para la exposición y venta al público inferior a 300 metros cuadrados, excluidos los pertenecientes a empresas o grupos de distribución que no tengan la consideración de pequeña y mediana empresa según la legislación vigente, y también, en lo que aquí interesa, aquellos establecimientos instalados en zonas de gran afluencia turística, cualquiera que sea su dimensión.

El artículo 5, apartados 4 y 5 de la LHC enumera las circunstancias que han de concurrir para que las autoridades autonómicas, a propuesta de los Ayuntamientos correspondientes, determinen las zonas de gran afluencia turística para su respectivo ámbito territorial, y entre dichas circunstancias figura, en lo que interesa al presente recurso, la de tratarse de un municipio con más de 100.000 habitantes, que haya registrado más de 600.000 pernoctaciones en el año inmediatamente anterior, como sucede en la ciudad de Vigo, que según los datos del Instituto Nacional de Estadística, obtenidos a través de la Encuesta de Ocupación Hotelera, registró durante el año 2015 un número de 623.578 pernoctaciones.

El artículo 5 de la LHC, que establece la libertad de determinación de horarios de los establecimientos instalados en zonas de gran afluencia turística, es una norma estatal de carácter básico y de coordinación de la planificación general de la actividad económica en el sector de la distribución comercial.

Así, las Comunidades Autónomas pueden ampliar el número de zonas de gran afluencia turística por encima de los supuestos descritos en el artículo 5, apartados 4 y 5, de la LHC, haciendo uso de la autorización del artículo 5.4.g) de la LHC, que les permite añadir otras zonas cuando aprecien que concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen, y en sentido inverso, aun concurriendo las circunstancias enumeradas por el artículo 5.4 de la LHC, que obligan a la declaración de la zona de gran afluencia turística, pueden las Comunidades Autónomas establecer limitaciones de carácter temporal o territorial en la aprobación de dicha calificación, si valoran que la propuesta del correspondiente Ayuntamiento justifica dichas limitaciones de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor.

Estas restricciones o limitaciones en la declaración de zona de gran afluencia constituyen excepciones al principio general que proclama el artículo 5.1 de LHC, de libertad de los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación para determinar los días y horas de su actividad comercial, y por tanto, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, de modo que la lista de las razones que justifican el establecimiento de límites al acceso de una actividad económica o a su ejercicio o la exigencia del cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, es una lista cerrada, según resulta del propio artículo 3.11 de la ley de servicios, que considera como razones imperiosos de interés general "las siguientes".

La ley gallega 13/2006, de horarios comerciales, expresa las razones que justifican su específica regulación en materia de horarios comerciales, consistentes, entre otras, en la importancia de la presencia del comercio minorista en la vertebración de los pueblos, ciudades y barrios, su contribución a su habitabilidad y seguridad, la protección de las personas que por su edad y otras circunstancias tienen dificultades de movilidad, la ayuda en la lucha contra la desertización y el desempleo y la conciliación de la vida familiar y laboral. La necesidad de las limitaciones territoriales y temporales incorporadas por la administración gallega en la declaración de zona de gran afluencia turística a que se refiere este recurso, encuentra su justificación en las razones imperiosas de interés general expuestas.

En cuanto a la proporcionalidad de las limitaciones, la Sala considera que no puede discutirse en lo que se refiere a las limitaciones de orden temporal, ya que la declaración de zona de gran afluencia turística impugnada reconoce la libertad de horarios durante todos los domingos y festivos del año, con la única restricción de que el horario comercial se extenderá hasta las 22:00 horas, siendo tal restricción de muy reducida entidad en relación con los fines perseguidos, además de la circunstancia

apreciada por la sentencia recurrida, que encuentra justificada la restricción temporal porque ese horario de hasta las 22:00 horas razonablemente será coincidente con la franja horaria en la que hay más afluencia de visitantes.

Y la Sala responde de esta manera a las cuestiones planteadas de interés casacional:

a) Las limitaciones territoriales o temporales en la declaración de zona de gran afluencia turística, que restrinjan el principio general que proclama el artículo 5.1 de la ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, de libertad para determinar los días y horas de su actividad comercial reconocida a los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

b) La sujeción de los poderes públicos autonómicos a las exigencias del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, supone que el establecimiento por estos de límites al ejercicio de una actividad económica, deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

URBANISMO. CUOTAS DE URBANIZACIÓN. NATURALEZA. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. ACCIÓN PERSONAL. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 540/2020 de 25 de mayo de la Sección 5ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 942/2018.

Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego.

Las cuestiones objeto de interés casacional son las siguientes:

a) Si el plazo de prescripción a considerar respecto de las cuotas de urbanización es el cuatrienal previsto en la Ley 47/03, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el cuatrienal previsto en la Ley 58/03, de 17 de diciembre, General Tributaria, o, en fin, el de 15 años, previsto para las acciones personales en el art. 1964 del Código Civil.

b) Si dicho plazo deberá computarse desde que se ejecutó la obra y se emitió la certificación correspondiente, o, ha de estarse, por el contrario, a la fecha de la total terminación de las obras de urbanización, o, en su caso, a la fecha de publicación de la cuenta de liquidación definitiva.

Las cuotas de urbanización son un ingreso público, pues el urbanismo es un servicio público. El coste de las obras de urbanización está vinculado a las plusvalías

generadas por la actuación urbanística que beneficia a los propietarios afectados. Son una carga finalista en cuanto que su importe está afectado a un fin y destino concreto, tienen carácter obligatorio y no pueden ser objeto de exenciones, bonificaciones ni límites cuantitativos.

Ahora bien, que la cuota de urbanización tenga carácter público no implica que tenga naturaleza tributaria, pues no son una fuente de financiación más (en este caso municipal) para la prestación de servicios públicos o realización de obras públicas ni, en palabras de la reciente Ley General Tributaria 58/2003 (artículo 4) su fin primordial es obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, ni son instrumentos de la política económica general, sino que las abonan los propietarios en cumplimiento de una obligación legal urbanística, la de costear la urbanización del sector en el que se encuentran sus fincas, que forma parte del Estatuto urbanístico de la propiedad del suelo (artículos 14 y 18 de la Ley 6/98 sobre Régimen del Suelo). Su fundamento jurídico se encuentra el principio de afección de las plusvalías generadas por la actuación urbanística al coste de las obras de urbanización; constituyen una carga finalista en cuanto que su importe queda afectado a un fin y destino concreto; tienen carácter obligatorio y no pueden ser objeto de exenciones, bonificaciones, ni límites cuantitativos (como ocurre con las contribuciones especiales). Por otro lado, si tuviera naturaleza tributaria les sería aplicable el Principio de Reserva de Ley recogido en el artículo 10, a) de la LGT 230/1963, y hoy en el 8 de la actual LGT 58/2003. También difieren en el hecho de que, ante el impago de las cuotas urbanísticas, la legislación autonómica puede autorizar la aplicación de la expropiación forzosa, tanto en el sistema de compensación como en el de cooperación (artículo 195 del Reglamento de Gestión Urbanística), posibilidad no prevista legalmente para el caso de impago de deudas tributarias".

Distinta es la regulación de la exigencia de las cuotas de urbanización cuando son apremiadas y se inicia la recaudación en vía ejecutiva. Artículo 127.4 del Reglamento de Gestión Urbanística. A partir de este momento dicha recaudación se rige por la normativa tributaria, artículos 163 y siguientes LGT.

Y tampoco es de aplicación a las cuotas de urbanización, cuya naturaleza se ha definido antes, la Ley General Presupuestaria, Ley 47/2003, de 26 de noviembre (LGP), pues las cuotas de urbanización que deben abonar los propietarios afectados no pertenecen al "régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal". Y no es correcto pretender aplicar a las cuotas de urbanización el plazo de prescripción establecido en el artículo 15.1.a y b LGP. Se trata de un ingreso de carácter público, y solamente a partir de entrar en recaudación ejecutiva, es cuando sería entonces de aplicación esa consideración de coactividad consustancial con el apremio.

En cuanto al día inicial del cómputo del plazo de la prescripción de las cuotas urbanísticas, es de aplicación el artículo 128.1 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, que aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, que establece: "La

liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando se concluya la urbanización de la unidad reparcelable", y en el caso presente, y así se ha razonado en el anterior FD Tercero, e, la urbanización no estaba concluida cuando se liquidaron las cuotas que se impugnan.

La respuesta a las cuestiones de interés casacional son las siguientes:

a) El plazo de prescripción a considerar respecto de las cuotas de urbanización es el plazo de 15 años (hoy, 5 años tras la Ley 42/2015), previsto para las acciones personales en el artículo 1964 del Código Civil.

b) El referido plazo de prescripción deberá computarse desde que concluya la urbanización de la unidad reparcelable, conforme al artículo 128.1 del Reglamento de Gestión Urbanística (Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto).

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOBRE LA CONCESIÓN. AUTORIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. ACTO REGLADO. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 556/2020 de 25 de mayo de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 3263/2018.

Ponente: Celsa Pico Lorenzo.

La cuestión objeto de interés casacional es la siguiente:

Si la autorización prevista en el artículo 255.1 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas [actual artículo 273.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre], tiene naturaleza reglada o discrecional, para determinar el alcance del juicio administrativo que precede al otorgamiento o denegación de esa "previa autorización".

La Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Murcia contra la sentencia del juzgado de instancia que estimó el recurso interpuesto por la sociedad concesionaria contra la negativa del referido Ayuntamiento de la sustitución del préstamo como garantía hipotecaria referente al contrato de construcción mediante obra pública de un aparcamiento en el subsuelo de la Avenida de la Libertad de Murcia.

La obligación hipotecaria constituida sobre una concesión de una obra pública no puede garantizar cualquier clase de obligación, en los términos del art. 1861 del código civil, sino que ha de ceñirse a garantizar las deudas contraídas para la realización de la obra pública o, en su caso, para la explotación de la concesión derivada.

La cuestión a resolver, a la vista del texto del art. 255.1 de la Ley 13/2003, aplicado por la Sala de instancia, consiste en determinar si es un acto discrecional en su otorgamiento, respecto del que tiene margen de decisión la administración concedente, o un acto reglado en el que debe limitarse a comprobar si concurren los requisitos para la concesión en cuyo caso deberá conceder la autorización pertinente.

Al respecto nada dice el precepto aquí aplicable, ni tampoco el actualmente vigente, art. 273 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, contratos del Sector Público, como si hace en el art. 257 de la Ley 13/2003, que reproduce el art. 263 del TR Ley de Contratos del Sector Público, RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y sigue el art. 275 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, respecto de la autorización para participar como postor en la ejecución hipotecaria.

No obstante, el silencio de la Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora inicial del contrato de concesión de obras públicas a la vista de su configuración debe entenderse que la autorización tiene carácter reglado debiéndose limitar la administración a comprobar si se da o no esa necesaria relación de la obligación asegurada mediante la hipoteca con la concesión a la que se encuentra afecta.

Ninguna duda ofrece que la obligación originaria no está alterada por la pretensión de novación de un préstamo con garantía hipotecaria mediante un alargamiento del plazo de devolución del préstamo, esto es una refinanciación en que se modifican las condiciones de amortización del préstamo mediante su prolongación en el tiempo. No se produce obligación nueva alguna.

Tampoco se altera la exigencia legal de que la hipoteca garantice las obligaciones derivadas de la concesión de construcción y posterior explotación de un aparcamiento subterráneo. Las obras han sido realizadas, pero subsiste la concesión en relación con las plazas de uso horario.

El TS fija como doctrina a la cuestión planteada, que la autorización prevista en el art. 255.1 Ley 13/2003, actual 273.1 Ley 9/2017, tiene naturaleza reglada para determinar el alcance del juicio administrativo que precede al otorgamiento o denegación de esa previa autorización también en la novación.

USO DE BANDERAS NO OFICIALES POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL EXTERIOR DE EDIFICOS Y ESPACIOS PÚBLICOS. PROHIBICIÓN INCLUSO CUANDO SU USO SEA OCASIONAL. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 564/2020 de 26 de mayo de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 1327/2018.

Ponente: Celsa Pico Lorenzo.

La cuestión objeto de interés casacional es la siguiente:

Si resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y, en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas, la utilización -incluso ocasional- de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás banderas legal o estatutariamente instituidas.

Los arts. 4, y 6 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, establecen la forma en que se coloca no solo la bandera de España sino también la de las Comunidades Autónomas o municipales si las hubiere.

Por ello en conjunción con lo expuesto en el fundamento precedente, la administración, incluyendo la municipal, ha de respetar el ordenamiento jurídico, art. 103.1 CE sin que lo acordado, aunque lo voten la mayoría de los grupos políticos, pueda incardinarse en el marco competencial fijado por el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

La respuesta a la cuestión de interés casacional es la siguiente:

Se fija como doctrina que no resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas.

**CONCEJALES. COMPATIBILIDAD ENTRE EL CARGO DE CONCEJAL
CON EL DESEMPEÑO DE UN PUESTO DE TRABAJO DE CARÁCTER
TEMPORAL. INTERÉS CASACIONAL**

Sentencia número 575/2020 de 28 de mayo de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 5298/2017.

Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

La cuestión objeto de interés casacional es la siguiente:

Determinar el alcance de la incompatibilidad prevista en el artículo 178.2.b) de la LOREG entre la condición de concejal de una Entidad Local con el desempeño de un puesto de trabajo de carácter temporal al servicio del Ayuntamiento.

La Sala de instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento a Sentencia del Juzgado de lo Contencioso -administrativo de León que, a su vez, había estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento recurrido, de fecha 16 de septiembre de 2016, que ratificaba la incompatibilidad entre el cargo de concejal del citado Ayuntamiento y desempeñar una plaza como personal laboral temporal del Ayuntamiento, como ya había declarado el Pleno del citado Ayuntamiento mediante Acuerdo de 8 de agosto de 2016. La sentencia dictada en apelación considera conforme a Derecho el acuerdo municipal que ratifica la incompatibilidad entre el cargo de concejal y el desempeño del trabajo como personal laboral temporal.

Con carácter general, según dispone el artículo 178 de la LOREG, en relación con el derecho fundamental de acceso a cargos públicos del artículo 23.2 de la CE, las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, sobre aquellos que gozan de sufragio activo en las elecciones municipales, son también causa de incompatibilidad con la condición de concejal.

En concreto, el apartado 2 del expresado precepto, relaciona los supuestos de incompatibilidad, en cuya letra b) se señala como incompatible con la condición de concejal a "los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él".

Añade el mentado artículo 178, respecto del procedimiento a seguir en esos supuestos, que cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la referida incompatibilidad (apartado 3). Y, precisamente, cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, del citado artículo 178, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo (apartado 4).

La regulación de las causas de incompatibilidad, y de inelegibilidad, no permite la aplicación, sin más, de las herramientas hermenéuticas tradicionales, pues hay una que resulta preponderante cuando nos referimos a dichas incompatibilidades de los cargos y funciones públicas, que se traduce en una interdicción de interpretaciones extensivas de dichas causas. De manera que ha de hacerse, en todo caso, una interpretación restrictiva de las mismas, sin que pueda extenderse, en su interpretación y aplicación, a supuestos que no están expresamente previstos por el supuesto de hecho que contiene la norma, a la que se anuda la correspondiente incompatibilidad. En este caso, entre el cargo de concejal y el de funcionario o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

La solución contraria a la expuesta, interpretando extensivamente dichas causas de incompatibilidad o de ilegitimidad, previstas en la LOREG, nos conduciría a la lesión del indicado artículo 23.2 de la CE, que consagra el derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, pues se compromete y contraviene este derecho fundamental cuando los supuestos de incompatibilidad se extienden o se proyectan a supuestos no comprendidos expresamente por la norma. En este sentido se viene pronunciando, con una reiteración que nos excusa de cita, tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo.

La condición de concejal resulta incompatible, según la causa que contiene el artículo 178, apartado 2.b), de la LOREG, con la condición de "funcionario o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él".

La interpretación de la indicada norma del artículo 178.2.b) de la LOREG ha de hacerse conjuntamente con lo que señala en el artículo 178.4 de la misma Ley, pues entre ambas se aprecia una correspondencia inescindible. Así, el citado artículo 178.4 dispone, como se ha dicho, que dicha causa de incompatibilidad referida a "funcionario o empleado" deberá optar, y si lo hiciera por el cargo de concejal, pasará la "situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo".

El vínculo entre ambas normas, artículo 178.2.b) y 178.4 pone de relieve que resulta incompatible el cargo de concejal con los siguientes empleos públicos: a) funcionario, b) personal en activo. Pues si así fuera debe, tras optar entre cualquiera de ellos con el de concejal, pasar, cuando es funcionario a la situación administrativa de servicios especiales, y si se trata de personal, se entiende laboral, debe pasar a la situación prevista en sus respectivos convenios que, en todo caso, ha de suponer reserva de su puesto de trabajo. Lo que ya pone de manifiesto, sino una inamovilidad, sí una cierta permanencia, duración y estabilidad en el desempeño del puesto.

En este caso, resulta evidente que la ahora recurrente no es funcionario público pues es personal laboral temporal, en concreto es técnico de turismo, que desempeña un puesto de trabajo que desde luego no tiene el carácter de estable, pues tiene una duración total de 180 días, y cuya retribución se abona con fondos ajenos al Ayuntamiento, mediante la subvención por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, para los municipios de menos de cinco mil habitantes.

Ciertamente entre las clases de empleados públicos se encuentra, ex artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015 (TRLEBEP), el personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. Pero la temporalidad de 180 días no se corresponde con el tenor del indicado artículo 178.4, cuando se refiere a la situación en la que debe quedar ese personal según sus respectivos convenios con reserva de puesto de trabajo "en todo caso". Teniendo en cuenta la regulación de las situaciones administrativas contenida en el citado TRLEBEP, y prevista, para los funcionarios públicos, en el artículo 85, y para el personal laboral en el artículo 92. Además, dicha temporalidad difícilmente podría conjugarse con la

exigencia de que se trate de "personal en activo", como demanda el propio artículo 178.2.b) de tanta cita.

En definitiva, cuanto llevamos expuesto impide que podamos incluir en la expresada causa de incompatibilidad a quien desempeña un puesto de trabajo como personal laboral de carácter temporal, por 180 días, no estable, financiado con fondos ajenos al municipio, salvo que hagamos una interpretación extensiva de dicho supuesto de incompatibilidad, que, como antes adelantamos en el fundamento anterior y ahora reiteramos, está proscrita en estos supuestos, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Conviene insistir que en la medida en que las causas de incompatibilidad, que prevé la LOREG, constituyen excepciones a los criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas, por tal razón, de modo restringido.

IBI. CATASTRO INMOBILIARIO. SUBSANACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FINCA QUE DETERMINAN SU VALOR CATASTRAL. SOLO TIENE EFECTOS HACIA EL FUTURO. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 588/2020 de 28 de mayo de la Sección 2ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 4740/2017.

Ponente: Francisco José Navarro Sanchís.

La cuestión objeto de interés casacional es la siguiente:

Determinar si la exégesis del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, permite entender que debe tener efectos retroactivos la resolución del procedimiento de subsanación de discrepancias que dicho precepto regula aunque se inicie de oficio y se prevea literalmente la efectividad de esa resolución al día siguiente de que se acuerde-, si altera la descripción catastral del inmueble determinando una minoración de su valor catastral y la Administración ha tenido conocimiento de la falta de concordancia existente entre la descripción catastral del bien y la realidad inmobiliaria -no debida al incumplimiento de las obligaciones de declarar o comunicar previstas en los artículos 13 y 14 de dicho texto refundido-, por habérselo puesto de manifiesto el propio interesado.

El TS declara que el artículo 18 TRLCI, dada su explícita mención de que las subsanaciones de las características de la finca que determinan su valor catastral sólo tienen efectos hacia el futuro, en ningún caso puede interpretarse contra su tenor literal,

coincidente con la interpretación teleológica. Por tanto, es improcedente que el valor acordado por la Administración en el procedimiento de oficio habilitado en el artículo 18 TRLCI pueda proyectarse sobre situaciones y hechos anteriores al acto que le pone fin, al margen de las circunstancias concurrentes.

CONSORCIOS LOCALES. CUESTIÓN DE SI EN LA ACTUALIDAD TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE ENTIDADES LOCALES. SALVO QUE LA CORRESPONDIENTE LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SE LAS ATRIBUYAN, NO TIENEN ESTA CUALIDAD. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 603/2020 de 28 de mayo de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 3122/2018.

Ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

La cuestión objeto de interés casacional es la siguiente:

Si tras las modificaciones normativas introducidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (en especial a través de su Disposición final segunda) y por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre (en especial a través de sus artículos 12 a 15), puestas en relación con los artículos 118 a 127 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cabe afirmar, o no, que los Consorcios tienen la condición de entidades locales.

Si bien en fechas pretéritas normativa legal y jurisprudencia incluyeron entes no territoriales, como los Consorcios locales, en el ámbito de la administración local, en el momento presente, tanto por la vigente regulación de la LRSP 40/2015, como por la introducida en la disposición adicional 20ª de la LRJPAC 30/1992 por la LRSAL 27/2013, tal consideración ha desaparecido en razón de su adscripción a una Administración Pública lo que comporta su consideración de ente instrumental del sector público institucional, y (2) en que los consorcios locales anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL 27/2013 tenían ya que haber adaptado sus estatutos (31 de diciembre de 2014 era la fecha límite a la nueva regulación) y adscribirse a una administración en razón de lo establecido en la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992.

Cuestión diferente y que ahora no se aborda es la derivada de que la legislación autonómica de régimen local pudiera reconocer esa consideración de entidad local a los consorcios en ejecución de la competencia prevista en el artículo 148.1.2 de la Constitución Española. En todo caso y por lo que afecta este proceso, debe ponerse de manifiesto que la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, no incluye a los Consorcios en la enumeración que de las entidades locales de la Comunidad de Madrid hace su artículo 2, sino que los regula

como una forma de gestión de los servicios públicos en el artículo 101.2, junto a las Mancomunidades, a las que, por el contrario, si incluye entre las entidades locales en el citado artículo 2, y más concretamente como un mecanismo de cooperación en los artículos 127.d) y 136.

La respuesta a la cuestión de interés casacional es la siguiente:

Tras las modificaciones normativas introducidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (en especial a través de su Disposición final segunda) y por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre (en especial a través de sus artículos 12 a 15), puestas en relación con los artículos 118 a 127 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cabe afirmar que los Consorcios locales no tienen la condición de entidades locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid.

FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN NACIONAL. ENTIDADES TERRITORIALES INFERIORES AL MUNICIPIO CON POBLACIÓN INFERIOR A 5.000 HABITANTE. DISPOSICIÓN ADICIONAL 5ª DEL REAL DECRETO 128/2018. INTERÉS CASACIONAL. NULIDAD DEL ÚLTIMO INCISO. DESESTIMACIÓN DEL RESTO DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS

Sentencia número 604/2020 de 28 de mayo de la Sección 4ª de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de casación 165/2018.

Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Varios funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional interpusieron el presente recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

El TS desestima la impugnación de los artículos

Y estima la impugnación del último inciso del apartado 1 de la disposición final quinta, que es del siguiente tenor:

"Disposición adicional quinta. Entidades de ámbito territorial inferior al municipio.

1. El desempeño de las funciones de secretaría e intervención, tesorería y recaudación, en las entidades de ámbito territorial inferior al municipio que gocen de personalidad jurídica y tengan la condición de Entidad Local, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre,

de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se efectuará por un funcionario con habilitación de carácter nacional que desempeñe las funciones de secretaria o intervención, tesorería y recaudación en el municipio al que pertenezca la Entidad de ámbito territorial inferior al municipio. En el caso de Entidades Locales de ámbito territorial inferior a municipio con población inferior a 5.000 habitantes podrán asignarse estas funciones a un funcionario de carrera de la propia Corporación, que preferentemente pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria".

Dice el TS que con personalidad jurídica y condición de entidad local o sin ella, estos entes forman parte de la Administración Local y en su seno se deben ejercer las funciones a que se refiere el artículo 92 bis. Es cierto que hasta la derogación del Real Decreto 1732/1994 por la disposición derogatoria única del Real Decreto 128/2018, convivió la regulación legal establecida por el artículo 92 bis con la reglamentaria. No obstante, aunque el artículo 92.3 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local preveía la reserva de funciones en favor de los funcionarios habilitados, el apartado 4 de ese mismo artículo permitía que, excepcionalmente, la responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación fuera atribuida a miembros de la Corporación o a funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determinara por la legislación del Estado.

Sucede que la reforma efectuada por la Ley 27/2013, además de introducir el artículo 92 bis y otros preceptos, dio una nueva redacción al artículo 92 suprimiendo la salvedad indicada. Por tanto, no ofrece la Ley apoyo a la excepción, sin duda muy razonable que establece el apartado 1 de esta disposición adicional quinta.

Asimismo, el TS desestima las impugnaciones de los artículos 2.4, 6.3, 20.3, 24.1, 25.1, inciso final del primer párrafo del artículo 49.1 y del apartado 3 d) de ese mismo precepto, y apartado 3 de la disposición transitoria sexta.