

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA, LA CESIÓN DE BIENES Y LICENCIAS DE APERTURA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL¹

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF*

EXTRACTO

Aborda el caso distintas y variadas cuestiones que plantea el alcalde de un municipio a su secretario-interventor para que le asesore. En primer lugar, le plantea la necesidad urgente de adquirir una vivienda colindante al edificio municipal respecto a la cual su propietario se niega a venderla. En segundo lugar, la posibilidad de ceder un colegio de titularidad del municipio a la consejería respectiva, titular de la competencia. A continuación, la incidencia jurídica que pudiera tener la decisión de una comunidad de vecinos oponiéndose a la licencia de apertura en el edificio de un local destinado a asador de pollos. Continúan sus dudas respecto a la posible incompatibilidad de concejales en relación con diversas actividades. Igualmente, le plantea sobre si la liquidación de una sociedad de gananciales elevada a escritura pública está sometida al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Finalmente, se plantea el ajuste a derecho de un contrato realizado por el ayuntamiento con una entidad financiera, sin existir expediente de contratación alguno, de servicios bancarios.

Palabras claves: contratos de obras, competencias municipales, licencia de apertura, incompatibilidades de concejal, contrato de servicios e Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Fecha de entrada: 04-09-2015 / Fecha de aceptación: 28-09-2015

¹ Este supuesto práctico ha sido planteado en el ejercicio práctico de la oposición para el ingreso en la Escala de Secretaría-Intervención de la Administración Local celebrado en Andalucía en 2015.

ENUNCIADO

En una reunión, en el día de la fecha, en el despacho del alcalde del municipio ZZZ, este le plantea a usted, en tanto que titular de la secretaría-intervención del ayuntamiento, perteneciente a la Comunidad Autónoma de Madrid, distintas cuestiones sobre las que desea que le informe, que son las siguientes:

1. Se entiende imprescindible ampliar las dependencias del ayuntamiento que se han quedado pequeñas con el paso de los años, por lo que el alcalde le indica a la persona funcionaria que ha hablado con el vecino de la casa colindante a efectos de una posible expropiación de su vivienda, sin haber conseguido ningún acuerdo, por el que le solicita que le informe de los pasos a seguir, el procedimiento y si se pueden hacer lo más urgente posible porque los funcionarios carecen de espacio para trabajar.
2. También quiere ver la manera, sin alterar el carácter demanial del bien, de ceder o transmitir un colegio de titularidad del municipio a la consejería, titular de la competencia, de la Comunidad Autónoma de Madrid, y si no puede ser, solicitar a la misma una participación en el plan de estudios del colegio, así como consultar al correspondiente Consejo de Gobierno si, en virtud de la reforma reciente de la Ley 7/1985, podría otorgar ayudas de estudio para los jóvenes del municipio que contribuyan a posibilitar sus estudios universitarios.
3. Por otra parte, el ayuntamiento tramita un expediente de otorgamiento de licencia municipal de apertura de establecimiento de asador de pollos y freiduría en un local comercial de un bloque de viviendas de la localidad. Evacuado trámite de información pública del procedimiento de calificación ambiental, se han presentado alegaciones por una presidenta de una comunidad de vecinos, aludiendo que los estatutos de la comunidad prohíben el ejercicio de dicha actividad comercial en sus locales. Dé respuesta sobre la oportunidad de aceptar esta alegación y, en su consecuencia, de negar la licencia de apertura de la actividad comercial.
4. Al estar próxima la celebración de las elecciones municipales, le solicitan asesoramiento jurídico sobre la posible existencia de causa de incompatibilidad para el caso de que un candidato a concejal de su lista electoral, que ocupa el cargo de administrador de una sociedad mercantil, de la que además es propietario en más de un 50%, que es la arrendadora de un local comercial en que el ayuntamiento, como arrendatario, tiene ubicado el Centro municipal de información al consumidor. Igual-

mente, le pregunta sobre si existe causa de incompatibilidad para el caso de que un miembro de su candidatura fuera arrendatario de un local de titularidad municipal.

5. Por un vecino del municipio se ha presentado en el ayuntamiento escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, a efectos de liquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Constando en la citada escritura que a cada uno de los cónyuges se le adjudica la mitad del haber líquido de la sociedad de gananciales, se le solicita dar respuesta sobre si en tal caso tributa en el referido impuesto.
6. Le pide, por último, asesoramiento legal sobre la viabilidad de proceder a una revisión en vía administrativa de un contrato privado de permuta financiera (también conocido como *swap* de tipos de interés o por sus siglas en inglés, *IRS interest rate*). Es una operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado. El *swap* comporta un intercambio entre la obligación que se tiene por la que se desea tener, es un intercambio de dinero a futuro (flujos de cobro y pago recíprocos) celebrado en fecha 1 de junio de 2011, con una determinada entidad financiera al objeto de estabilizar los costes financieros de una operación crediticia celebrada con anterioridad con esa misma entidad, con la finalidad de que los flujos de caja derivados de dicha operación crediticia no resulten variables (referidos al euríbor), sino fijos.

Este último contrato se suscribió por el alcalde en papel común (sin membrete ni sello del ayuntamiento), sin que conste la previa tramitación del correspondiente expediente, por importe nominal de dos millones de euros y plazo de cuatro años, incorporando una cláusula (calificada por algunas sentencias judiciales como abusiva) según la cual la cobertura frente a una posible subida del euríbor ofrecida por la entidad de crédito al ayuntamiento se desactiva en determinadas circunstancias (concurrentes en el presente caso), al mismo tiempo que la cobertura por el descenso del euríbor no presenta suelo, de manera que no existe límite en lo que el ayuntamiento debe abonar a la entidad de crédito.

Le pregunta sobre la procedencia de viabilidad en el caso descrito de la revisión de oficio y de la declaración de lesividad como técnicas de revisión en vía administrativa destinadas a lograr la desaparición del mundo jurídico de determinadas actuaciones viciadas y contrarias a los intereses generales del ayuntamiento, pidiéndole pronunciamiento concreto sobre aspectos tales como:

1. La obligatoriedad, voluntariedad y simultaneidad del empleo de estas técnicas.
2. El carácter determinante de la naturaleza del vicio-nulidad o anulabilidad de que pudiera favorecer el acto objeto de revisión para el empleo de una u otra técnica.
3. El plazo de ejercicio de las facultades revisoras.
4. La posible concurrencia de límites a la facultad de revisión.

5. La viabilidad jurídica, como opción alternativa, de proceder a una ratificación por el pleno de la actuación llevada a cabo por el alcalde.
6. Particularmente, en relación con la técnica de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, la competencia para incoar, tramitar y resolver el procedimiento y los posibles vicios de nulidad de que pudiera adolecer el acto que se pretende revisar.

Cuestiones planteadas:

Se han ido realizando a lo largo de la exposición de los diferentes hechos.

SOLUCIÓN

PREGUNTA 1

Debemos entender que desechadas cualquiera de las formas de adquisición no coactiva de ese bien inmueble por parte del ayuntamiento (compraventa, arrendamiento, permuta por bien inmueble de titularidad municipal, conforme a la Ley 3/2001, del Patrimonio de la CAM), puede plantearse la expropiación forzosa como medio coactivo de adquisición del bien.

Respecto al empleo del procedimiento del artículo 52 de la LEF, por todas, citaremos la STS de 15 de abril de 2004 (que confirma en casación la STSJ de Cantabria de 7 de mayo de 1999 dictada en recurso 2013/97) que señala:

«De conformidad con el artículo 52 de la LEF, y el Reglamento de las Corporaciones Locales de 1957, y STS 21/05/1997, 03/10/1992 y 10/12/1992, con apoyo en el artículo 54, la declaración de urgencia en la expropiación exige la concurrencia de dos requisitos; a saber: que concurren circunstancias de carácter excepcional que aconsejen acudir a este especial procedimiento y, en segundo lugar, que en el acuerdo de declaración de urgente ocupación se incorpore en la motivación suficiente para justificar dicha urgencia. Es necesario en consecuencia, que se cumpla un presupuesto material, la concurrencia de causas extraordinarias que den lugar a la urgencia y un segundo requisito formal, cual es que en el acuerdo de declaración se reflejen los motivos de la urgencia. (...) Nada que oponer a la doctrina jurisprudencial invocada por la Administración recurrente, no obstante de la detenida lectura de la sentencia solo cabe concluir que no se ha justificado la realidad de la urgencia. Así afirma la Sala de instancia que: en suma ni la urgencia aparece justificada, ni materialmente resulta del expediente que las obras fue-

ran de tal urgencia que exigieran necesariamente la fórmula especial y excepcional del procedimiento de urgencia, que posee un carácter aún más limitativo de los derechos de los propietarios afectados y, por ello, ha de ser objeto de una ponderación suficiente y razonada de los intereses en juego de los que no solo se desprenda la utilidad pública de las obras, lo cual no requiere especial acreditación, y la necesidad de la ocupación de determinados bienes y derechos para llevarlas a término, (...) sino también la prioridad del procedimiento de urgencia para mejor satisfacción de los intereses públicos.

(...) Como también dice la Sala a quo, una exposición rutinaria y lacónica de la competencia municipal para la prestación de determinados servicios y una presunción sobre su necesidad estricta, inferible de circunstancias no suficientemente detalladas».

Esta sentencia del Tribunal Supremo citada se dictó en relación con la declaración de urgente ocupación de bienes y derechos afectados en expediente de expropiación forzosa para la obtención de los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto de mejora de abastecimiento, saneamiento y viabilidad en un término municipal.

Entiendo que salvo que la obra estuviese incluida en un plan de obra municipal o provincial o en Plan General de Ordenación Urbana o instrumento singular, que permita la urgente ocupación para una obra determinada, deberán seguirse los trámites del procedimiento ordinario.

No cabe un acuerdo municipal individualizado acordando la expropiación forzosa de la casa colindante, porque la utilidad pública requiere declaración de forma expresa mediante ley o bien implícita (art. 10 de la LEF de 16 de diciembre de 1954), a través de alguno de los instrumentos antes señalados.

Por otro lado, para que una entidad local pueda tramitar el procedimiento de urgencia sería necesario que la comunidad autónoma, en concreto el Consejo de Gobierno, autorizara dicho procedimiento (SSTS de 23 de mayo de 2000, 21 de junio de 1993, 12 de junio de 1992, 23 de marzo de 1991 y 22 de mayo de 1990). Señalar que se puede acordar en cualquier momento la urgencia, siempre que sea con carácter previo a la ocupación.

Es de significar que, en algunos casos, por ley puede atribuirse legalmente la competencia para la declaración a ciertos ayuntamientos. Por ejemplo, en Baleares respecto del Ayuntamiento de Palma (Ley 23/2006, art. 75); o en el País Vasco, con carácter general esta competencia para expropiaciones forales o municipales por los activos urbanísticos corresponde al alcalde, en defecto de normas organizativas que disponga otro órgano local (Ley 2/2006, arts. 177 y 178.2).

Por tanto, en el caso de seguirse el procedimiento de urgencia, los trámites esenciales a seguir serían los siguientes:

- a) Con carácter previo a la ocupación, acto administrativo del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma declarando la tramitación de urgencia de acuerdo con el artículo 52 de la LEF.

- b) Acta previa a la ocupación, notificándose al menos con ocho días naturales de antelación a los interesados el día y la hora en que se levantara el documento. La finalidad del acta es constatar el estado físico y jurídico de los bienes y derechos afectados. Intervienen el representante de la Administración, un perito, el beneficiario o su representante así como el alcalde del lugar donde radica el terreno o concejal en el que delegue. En el acta se harán constar las manifestaciones y datos que aporten los concurrentes, así como los errores, inexactitudes u omisiones presentes en la relación de bienes y derechos contenida en la declaración de urgente ocupación.
- c) Depósito que debe constituir la Administración, previo a la ocupación, como garantía del expropiado. Su falta puede constituir una actuación en vía de hecho. A la vista del contenido del acta previa y de los documentos que obren en el expediente o se aporten, la Administración formulará las hojas de depósito previo.
- d) Ocupación del inmueble, una vez efectuado el depósito y abonada o consignada, en su caso, la indemnización por perjuicios derivados de la rápida ocupación. Ha de hacerse en el plazo máximo de 15 días, sin necesidad de notificarla individualmente a los expropiados. No obstante, se solicitará si es precisa autorización judicial para entrada en domicilio, como parece el caso, pues se habla de vivienda del vecino colindante al edificio administrativo.
- e) Efectuada la ocupación, se tramita el expediente en sus fases del justiprecio y pago según las reglas generales del procedimiento ordinario, con la peculiaridad de que está tramitación es preferente.

PREGUNTA 2

Acudir a la figura de la mutación demanial que, en el ámbito de la comunidad autónoma madrileña se contempla en la Ley 3/2001, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, de tal forma que nos encontraríamos ante lo que se denomina como «mutaciones demaniales externas» o entre Administraciones públicas y que permitiría, en todo caso, la conservación de la naturaleza del bien que se cede o transmite; en este caso, un colegio de titularidad municipal. Estamos en presencia de un mecanismo que permitiría dotar de flexibilidad a la gestión del dominio público municipal.

En efecto, establece el artículo 24 de la Ley 3/2001, bajo la rúbrica de adscripción y transferencia de titularidad, que «6. Cuando resulte necesario para el cumplimiento de sus fines, las Administraciones territoriales de la Comunidad de Madrid podrán afectar bienes y derechos demaniales a un uso o servicio público competencia de dicha Administración autonómica, y transferirle la titularidad (...)» siendo competencia del consejero de Hacienda la aceptación de la referida mutación.

No obstante lo anterior, cabe resaltar que, si bien es cierto que los artículos 71 y 72 y de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas contemplan dicha figura; también lo es que lo hacen sin posibilidad de transferencia de titularidad del bien (dichos preceptos no tie-

nen carácter básico). Asimismo, ni la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL), ni el Texto Refundido de Régimen Local, ni el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales lo contemplan, configurándose la Ley 3/2001, en su artículo 24.6, como una clara excepción.

En la legislación básica de régimen local, tras la reforma acometida por Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad Administración local, se reconoce que el municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, en materia de «participar en la vigilancia en el cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes y en la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial».

La anterior redacción se refería a participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria. La actual redacción se presenta claramente restrictiva por cuanto se elimina la referencia a «participar en la programación de la enseñanza» y se ha restringido en la referida a los centros, dado que en la anterior regulación aludía a cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de centros docentes públicos, limitándose la actual redacción a la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos. De igual forma, se suprime la competencia municipal para intervenir en sus órganos de gestión (de la Administración educativa). Y el artículo 27.3 de la LRBRL establece que «con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias:

- e) Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil.
- f) Realización de actividades complementarias en los centros docentes».

Destacar la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2013: «Asunción por las comunidades autónomas de las competencias relativas a la educación».

La concesión de ayudas de estudios para los pobres del municipio que contribuyan a posibilitar sus estudios universitarios, en principio, al no ser competencia propia del municipio, no parece que sea posible, ahora bien, dentro de la posibilidad de competencias delegadas, siempre que se dé el requisito exigido en el artículo 27.6, en el sentido de que «la delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación.

El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la Entidad Local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que esta tenga con aquella».

También al amparo del artículo 7.4, se podría abrir la posibilidad de dicha actividad de fomento al señalar que «las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas».

PREGUNTA 3

Señala el TSJ de Madrid, Sección 2.^a, en Sentencia de fecha 2 de marzo de 2006 (rec. de apelación 124/2006), por todas, que «la licencia urbanística es un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente si es esta la que determina el contenido del derecho de propiedad», y es claro que este derecho ha de ejercitarse «dentro de los límites y en cumplimiento de los deberes» establecidos por el ordenamiento urbanístico. Es por lo expuesto que la licencia urbanística implica un control previo municipal de la actuación que pretende llevar a cabo el interesado, lo que exige que la Administración municipal conozca con exactitud el contenido y las características de aquella actuación. No debemos olvidar que las licencias urbanísticas tienen carácter real, atienden a las características objetivas del local. Gráficamente expuesto, interesa en definitiva cómo se desarrolla la actividad y no tanto quién la desarrolla. Asimismo, tienen carácter reglado (las licencias en general no son nunca actos de voluntad sino que su naturaleza es la de actos de comprobación de que el uso o actividad que pretende desarrollar el particular, y los términos en los que lo hará, se ajustan a la legalidad vigente. Si se ajustan, se otorgarán y si no se ajustan, se denegarán y así lo señala también la Ley del Suelo de la CAM).

Consecuencia del nuevo planteamiento en el ámbito de la esfera local es la modificación de algunos preceptos con mucho significado y entidad. Así, la propia Ley 25/2009 ha procedido a modificar el artículo 84.1 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en los siguientes términos:

«Artículo 84.

1. Las Entidades Locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

a) Ordenanzas y bandos.

b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.

c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJA-PAC.

d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.

e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

2. La actividad de intervención de las Entidades Locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales».

Y como desarrollo reglamentario de la presente modificación, se ha dictado el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que entre otros modifica el artículo 22.1 del mismo, para darle la siguiente redacción: «La apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

Asimismo, siguiendo este planteamiento, el artículo 84 bis de la LRBRL ha sido objeto de una nueva redacción dada por el número 20 del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. A tal efecto, señala el citado precepto legal:

«Artículo 84 bis.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior (art. 84 LRBRL), con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos en el mercado sea limitado.

2. Las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterán a un régimen de autorización cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. La evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que estarán las siguientes:

a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.

b) La capacidad o aforo de la instalación.

c) La contaminación acústica.

d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.

e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.

f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.

3. En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia, el interés general concreto que se pretende proteger y que este no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente».

Por su parte, no podemos olvidar el artículo 84 ter de la LRBRL, introducido por el apartado 2 del artículo 41 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, del siguiente tenor literal: «Artículo 84 ter. Cuando el ejercicio de actividades no precise de autorización habilitante previa, las Entidades Locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial».

Ante este planteamiento genéricamente recogido en el bloque normativo citado cabe plantearse cuál ha sido su incidencia en el régimen de las licencias de actividad hasta ahora vigentes.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, habrá que atender a la Ley 12/2002 de dinamización de la actividad comercial, a la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, así como a la Ley 2/2002 de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid (derogada parcialmente por Ley 2014 de medidas fiscales y administrativas de la CAM, a excepción del título IV «Evaluación ambiental de actividades», arts. 49, 50 y 72, disp. adic. 7.ª, y anexo quinto) para determinar si la actividad que pretende desarrollarse requiere de la previa obtención de licencia, o puede ejercerse mediante la presentación de una declaración responsable. Toda vez que se trata de una actividad no recogida en los anexos de la Ley 12/2002, deberá el interesado solicitar la obtención de licencia municipal que legitime el ejercicio de la actividad, en cuya tramitación por el órgano municipal, no requerirá de evaluación ambiental de la actividad. (No se contempla en el anexo quinto de la Ley 2/2002).

Respecto a la prohibición que los estatutos de la comunidad de propietarios realizan sobre la implantación de dicha actividad en los locales comerciales de la finca, resulta absolutamente irrelevante a los efectos que aquí nos ocupan, ya que la obligación de solicitar licencia para la realización de una obra constituye un deber público que no puede verse condicionado por las relaciones entre particulares, habida cuenta que estas únicamente han de surtir efecto en la esfera privada. Así, podemos citar, entre otras muchas, las siguientes sentencias:

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995 (rec. núm. 3484/1991):

«PRIMERO. Es objeto de impugnación la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 11 febrero 1991 que desestimó el recurso jurisdiccional formulado (...) contra la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Valencia de 5 octubre de 1988, ratificada en reposición por la de 9 octubre 1989 que denegaron la legalización de las obras ejecutadas sin licencia y ordenando la correspondiente demolición de las mismas en el inmueble de (...), consistentes en el cerramiento de solana o terraza con carpintería de aluminio color cobre.

(...)

TERCERO. (...). La también aducida autorización de la Comunidad de Propietarios del edificio para dicho cerramiento, sin perjuicio de surtir los efectos propios de las relaciones intervecinales entre los propietarios, previstas en la Ley de Propiedad Horizontal y Estatutos de la propia Comunidad, constituye un requisito irrelevante y no condicionante de la legalidad urbanística de la obra realizada».

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de febrero de 2003 (rec. núm. 4714/1998):

«SEXTO. (...)

También hemos de decir que ello es así, con independencia de que a nivel privado, esto es de la comunidad de propietarios, se hayan definitivamente asumido

tales obras, como ratificó en prueba testifical el que en su momento era administrador y denunciante de los hechos, dado que no condiciona la legalidad urbanística, porque, como venimos diciendo, ninguna incidencia pueden tener, en relación con la aplicación y ejecución de las previsiones del planeamiento urbanístico, los acuerdos de la Junta de propietarios en el ámbito del régimen jurídico derivado de la Ley de Propiedad Horizontal, ello porque de asumir esa vinculación de lo acordado o resuelto en el ámbito privado, quedaría en manos de los particulares, así de la Junta de Propietarios, el cumplimiento del ordenamiento jurídico urbanístico, en nuestro caso del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao; no podemos olvidar, como señala la STS de 28 de abril de 2000 que «las normas de planeamiento pertenecen a la categoría de las normas denominadas imperativas o cogentes y, en cuanto a su protección, de las "plusquamperfectae". En virtud de su coercibilidad, una transgresión de las mismas desencadena el mecanismo encaminado a la restauración de la legalidad vulnerada que establece, en lo que aquí importa, el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976. Con la finalización del plazo de dos meses concedido en el mismo sin solicitar licencia, o sin haber podido obtenerla por incompatibilidad con el planeamiento, subsigue la orden de demoler lo construido ilegalmente, para restituir la realidad física al estado en que la misma se encontraba antes de producirse la transgresión garantizando, de esta forma, el cumplimiento forzoso de la norma urbanística vulnerada».

Así las cosas, debe desestimarse la alegación formulada y continuar la tramitación del expediente de licencia de apertura y actividad.

Sin perjuicio de la regulación puramente ambiental, el artículo 9 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, tiene incidencia en la tramitación de licencias cuando los proyectos correspondientes exijan declaración de impacto ambiental, y se refiere también a las declaraciones responsables de la siguiente forma:

«Artículo 9. Obligaciones generales.

1. Los planes, los programas y los proyectos incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley deberán someterse a una evaluación ambiental antes de su adopción, aprobación, autorización, o bien, si procede, en el caso de proyectos, antes de la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa a las que se refiere el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder.

2. Cuando el acceso a una actividad o su ejercicio exija una declaración responsable o una comunicación previa y de acuerdo con esta ley, requiera una evaluación

de impacto ambiental, la declaración responsable o la comunicación previa no podrán presentarse hasta que no haya concluido dicha evaluación de impacto ambiental por el órgano ambiental y publicada en el Boletín Oficial del Estado o Diario Oficial correspondiente y tal informe esté adoptado mediante resolución posterior del órgano sustantivo.

La declaración responsable o la comunicación previa relativa a un proyecto carecerá de validez y eficacia a todos los efectos si debiendo haber sido sometido a una evaluación ambiental no lo hubiese sido, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, procedan. (...)».

Destacar asimismo de la citada Ley 21/2013, la siguiente disposición:

«Disposición adicional primera. Evaluación de proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa.

1. Los procedimientos de evaluación de impacto ambiental regulados en esta ley serán de aplicación a los proyectos que, estando incluidos en su ámbito de aplicación, no requieran una autorización sino una declaración responsable o comunicación previa previstas en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...).

PREGUNTA 4

El derecho de representación proclamado por el artículo 23 del CE es un derecho de configuración legal. El estatuto de los cargos electos de un ayuntamiento se recoge en los artículos 72 a 78 de la LRBRL. Así las cosas, establece el artículo 73.1 de la LRBRL que la determinación del número de miembros de las corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán por la legislación electoral. Nos encontramos, pues, ante una remisión a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG).

Las incompatibilidades a que se refiere la LOREG lo son para acceder al cargo y mientras dure el mandato representativo como concejal. Las incompatibilidades previstas en la Ley 53/1984 (Ley de Incompatibilidades) no son incompatibilidades que hayan de añadirse a las previstas en la LOREG, sino que operarán cuando el concejal con dedicación exclusiva remunerada pretenda desarrollar, además, una actividad no representativa, una actividad meramente profesional, ya sea en el ámbito público o privado. Y lo mismo podemos decir respecto de las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) que, para los cargos electos, remite a las incompatibilidades previstas en la LOREG.

Analicemos las distintas posibles causas de incompatibilidad a que se refiere el caso respecto al candidato a concejal:

A. ARRENDADOR DE UN LOCAL COMERCIAL EN QUE EL AYUNTAMIENTO COMO ARRENDATARIO TIENE UBICADO EL CENTRO MUNICIPAL DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Cuando la condición de arrendatario la ostentara el ayuntamiento, y la de arrendador el concejal, tendríamos que detenernos en el análisis del artículo 178 de la LOREG, conforme al cual, son incompatibles los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación (total o parcial) vaya a cargo de la corporación o establecimientos dependientes. La constante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en materia de prohibición de contratar e incompatibilidades de cargos electos, se manifiesta en tres informes: 60/1996, de 18 de diciembre; 28/2000, de 30 de octubre; y 29/2001, de 13 de noviembre. El informe 2/2003, de 28 de febrero, que recoge la doctrina incorporada en los citados informes, establece que «se determina que la incompatibilidad de alcaldes y concejales viene establecida en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...) y que por remisión al artículo 178 de la LOREG, existe, respecto de los alcaldes y concejales para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la corporación municipal (...). Si se trata de un contrato celebrado entre el Ayuntamiento X y una empresa de transportes de viajeros y mercancías de las que el exalcalde y actual concejal es administrador, existe incompatibilidad y causa de prohibición para contratar (...). A fecha de la presente, al artículo 60.1 f) del TRLCSP establece las causas de prohibición para contratar con la Administración (por tratarse de cualesquiera de los cargos electivos regulados en la LOREG, en los términos en esta establecidos; o estar incurso la persona física o jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984).

No obstante lo anterior, téngase en cuenta que de conformidad con el artículo 4 p) TRLCSP, los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles (salvo excepciones previstas) no se someten a las reglas del TRCLSP, sino que se configuran como contratos privados que se regirán por la legislación patrimonial».

B. CONCEJAL ARRENDATARIO DE UN LOCAL DE TITULARIDAD MUNICIPAL

Contempla el artículo 178 de la LOREG las causas de incompatibilidad con la condición de concejal (en el que el supuesto que aquí se nos plantea, no tiene encaje). A este respecto, cabe mencionar el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 48/2003, de 12 de marzo de 2004, relativo a incompatibilidades de concejales por resultar adjudicatarios de contratos de arrendamiento de fincas rústicas, pronunciándose la Junta en el siguiente sentido: «En cuanto a la prohibición de contratar o incompatibilidad para ser adjudicatario de contratos de arrendamiento de fincas rústicas los concejales, sus cónyuges e hijos (...) un contrato de arrendamiento de un bien inmueble de propiedad municipal, en el que figura como arrendador el Ayuntamiento y como inquilino o arrendatario un concejal, no tiene encaje en el artículo 178 de la LOREG y, por tanto, en el artículo 20 c) de la Ley Contratos (hoy, art. 60 TRLCSP) si se tiene en cuenta que, en este caso concreto, el contrato no es financiado por el Ayuntamiento, ni por establecimiento del mismo dependiente,

sino que es el concejal, mediante el cumplimiento de su obligación de pago de la renta el que está, en cierto modo, financiando al Ayuntamiento, desapareciendo un elemento básico de la incompatibilidad, cual es el de que los concejales, vías contractual, perciban fondos del Ayuntamiento».

PREGUNTA 5

De acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 104 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, la adjudicación del pleno dominio de los bienes inmuebles urbanos que correspondan a cada cónyuge a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales no estará sujeta al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU).

A efectos de futuras transmisiones de los inmuebles o porcentajes de los mismos adjudicados en pago de la mitad de gananciales, para el cálculo de la base imponible de IIVTNU, habrá que tener en cuenta que el periodo de puesta de manifiesto, en esa futura transmisión, del incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, será el comprendido entre la fecha del devengo del impuesto que se liquide y la del devengo de la anterior transmisión de la propiedad del terreno que haya estado sujeta al IIVTNU. Esto es, la fecha de inicio del periodo de generación será la fecha en la que ambos cónyuges adquirieron los inmuebles urbanos, y no así la fecha de liquidación de la sociedad conyugal de gananciales.

La disolución de la sociedad de gananciales y la posterior adjudicación a cada uno de los cónyuges de su correspondiente participación en la sociedad no constituye ninguna alteración en la composición de sus respectivos patrimonios que pudiera dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial, siempre y cuando la adjudicación se corresponda con la respectiva cuota de titularidad. En estos supuestos, no se podrán actualizar los valores de los bienes o derechos recibidos, que conservarán los valores de adquisición originarios y, a efectos de futuras transmisiones, las fechas de adquisición originarias.

No obstante lo anterior, la Dirección General de Tributos (Informe de 22 de julio de 2008) mantiene que se produce el gravamen del IIVTNU en «aquellas extinciones de condominio sobre un bien indivisible con adjudicación de los bienes a uno a varios comuneros en exceso sobre su cuota de participación y compensación económica al resto de comuneros». Este criterio es compartido por el TSJ de Canarias (Sentencia de 28 septiembre de 1998) y por el TSJ de Madrid (Sentencia de 17 mayo de 2002).

PREGUNTA 6

Según CERVERA MARTÍNEZ M., «no existe una definición legal de los contratos de permuta financiera o *swaps*, ni una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico (...)».

Las audiencias provinciales han analizado este tipo de contratos a lo que califican de «aleatorios o especulativos, de alto riesgo, y complejos». Así, se vienen a definir de la siguiente manera: «Tal y como viene siendo determinado por la doctrina, los contratos de permutas financieras o *swaps* (...) que es como se va a definir, por esta Sala (Sentencia AP Barcelona 516/2012, de 5 julio), el contrato a partir de ahora, son productos financieros derivados, es decir, que su valor depende de otro valor de referencia. Los *Swaps* provocan una técnica financiera de hedge u oculación para paliar o minimizar ciertos riesgos del segundo, o a cambio de otra prestación. Estos riesgos suelen ser, el de oscilaciones de moneda, el del tipo de interés (...) o el del incumplimiento contractual. Según el Anexo II del contrato marco de operaciones financieras 2009, de la Asociación Española de la Banca, permuta financiera de tipos de interés es aquella operación por la cuál las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado. El *Swap* comporta un intercambio entre la obligación que se tiene por la que se desea tener, es un intercambio de dinero a futuro (flujos de cobro y pago recíprocos). (...) También es habitual que los dos compradores sean variables, de forma que un *Swap* sobre el Euribor, como el de autos, si el Euribor sube por encima de un determinado valor, una de las partes –la entidad bancaria– paga más, mientras que si está por debajo de ese valor, será el contratante el que paga más, de modo que la variación en el índice de referencia Euribor hace que se beneficie una parte u otra». (SAP de Soria núm. 131/2012, de 8 de noviembre, FJ 3.º, rec. núm. 143/2012).

Respecto a la calificación de este contrato (*swap*), el Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen 698/2011 de 27 de octubre, lo entiende como contrato para la prestación de un servicio financiero –servicios bancarios y de inversiones–, al que son aplicables los requisitos que se exigen a los contratos administrativos en cuanto a la preparación y adjudicación.

No puede desconocerse que los contratos excluidos del Texto Refundido de la Ley de Contratos (préstamos, créditos y otros de naturaleza análoga, así como los contratos, etc.) son los de préstamo y los asociados en cuanto cubran los «riesgos de tipo de interés». Luego los contratos de permuta financiera son contratos bancarios, financieros o de inversión. Estamos en presencia de un contrato privado cuya preparación y adjudicación, en defecto de norma específica, se sujetará a las disposiciones del TRLCSP y normas de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado; y cuyos efectos y extinción (cumplimiento y resolución) se regirán por el Derecho privado (art. 20 TRLCSP del TR 3/2011).

La naturaleza administrativa de los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados hace que la jurisdicción contencioso-administrativa sea la competente para resolver cuestiones litigiosas que les conciernan, pues tales actos tienen naturaleza de «actos separables» (arts. 21.1 y 93 TRLCSP). Tal naturaleza constituye un límite a la libertad de pactos y condiciones con que cuenta la Administración a la hora de contratar que, en todo caso, no puede ser contraria al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (arts. 4 y 25.1 TRLCSP). Constituye asimismo un límite la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia, etc., así como asegurar, en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria y control de gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación.

Del relato de hechos se desprende que no nos movemos en el ámbito de los efectos y extinción del contrato (resolución *stricto sensu*) sino en el de la existencia del propio contrato. No se trata por tanto de la resolución de un contrato válido que debiera ventilarse de conformidad a las reglas del Derecho privado, sino que se trata de la nulidad del contrato, pues lo que aquí se cuestiona es su propia existencia al haberse vulnerado las reglas que regulan su preparación y adjudicación. Se trata de una nulidad administrativa por cuanto concierne a los actos de tal naturaleza en cuanto que actos separables.

Los contratos son «inválidos» cuando lo sea «alguno de los actos preparatorios o el de adjudicación» por concurrir causa de Derecho administrativo o civil (art. 61 TRLCSP). Son causas de nulidad de Derecho administrativo las causas de nulidad contempladas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992. La declaración de nulidad será tramitada por el órgano de contratación de conformidad con las previsiones de la Ley 30/1992. La firmeza de la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación determina que el contrato entre en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes (...), y debiendo la parte culpable «indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido» (art. 35 TRLCSP). La nulidad del contrato se funda en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, al haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (no hay expediente de contratación), así como podría concurrir la causa de nulidad derivada de ser un órgano manifiestamente incompetente y ello porque la legislación permite cubrir déficit temporal de liquidez mediante el concurso al crédito externo (art. 199 TRLHL), en los términos del artículo 51 del citado texto legal, distribuyendo la competencia entre pleno y alcalde en función de un porcentaje cuya superación determina la competencia plenaria (arts. 51 a 53 TRLHL): largo plazo 10% de los recursos ordinarios y corto plazo 15% de los recursos corrientes liquidados en el ejercicio anterior.

Concurre el señalado vicio de nulidad en tanto que debemos entender que el procedimiento *secundum legem* permite asegurar que las potestades administrativas se han ejercido dentro de los términos formales y materiales. En el presente supuesto no cabe duda alguna de que no ha existido trámite alguno (no hay expediente de contratación), ni esencial, ni accesorio, sino pura y simple expresión de una manifestación de voluntad que se exterioriza mediante la rúbrica del contrato. No se realizó ningún acto de preparación y adjudicación. No hubo, pues, expediente integrado por la necesidad de consignación presupuestaria, cláusulas administrativas y técnicas, aprobación del gasto, fiscalización previa, adjudicación del contrato según principios de publicidad y concurrencia (STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2000).

Asimismo, el artículo 7 b) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, señala que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a normativa específica que disciplinen en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. Por su parte, establece el artículo 8 del citado texto legal que «(...) 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de consumidores y usuarios».

Es claro que el vicio apreciado concurre en la fase de formación de la voluntad administrativa. De conformidad con el artículo 31 del TRLCSP además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad del clausulado, los contratos de las Administraciones Públicas serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna causa de Derecho administrativo o Derecho civil a que se refieren los artículos siguientes. Establece el artículo 32 del citado TRLCSP que son causas de nulidad de Derecho administrativo las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (y en el supuesto que aquí nos ocupa, al haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido al no existir expediente de contratación con los requisitos que marca el propio TRLCSP).

Revisión de oficio: Artículo 34.

« 1. La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida.

3. Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4. En los supuestos de nulidad y anulabilidad, y en relación con la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Efectos de la declaración de nulidad: Artículo 35.

«1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio».

A) La voluntariedad, obligatoriedad y simultaneidad del empleo de la revisión de oficio y la declaración de lesividad.

Recordar que el artículo 34 del TRLCSP remite, respecto a la revisión de oficio y declaración de lesividad, a los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992. La revisión de oficio pone en marcha el procedimiento de declaración de nulidad de forma obligada (art. 102 Ley 30/1992, «declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos...»). De lo que se trata realmente, con independencia de si el procedimiento se inició de oficio o a instancia de particular, es de defender el principio de legalidad por parte de la Administración autora de un acto que no es conforme a derecho. La exigencia en la actual regulación de la revisión de oficio viene a confirmar que se trata de una acción de protección de la legalidad ante un acto que se presenta como insubsanable, incorregible e imprescriptible. De ahí que la nulidad y su declaración vía revisión de oficio no tenga límite temporal. En definitiva, si el acto está viciado de nulidad de pleno derecho, tiene la Administración la obligación de declararlo nulo, tal y como resulta del artículo 102.1 de la Ley 30/1992, que tras la reforma operada mediante Ley 4/1999, ya no lo contempla como una facultad sino como una obligación.

Por otro lado, y respecto a su posible simultaneidad, cabe destacar que el procedimiento de revisión de oficio y el de declaración de lesividad no son alternativos sino excluyentes; esto es, procederá uno u otro, pero no son susceptibles de libre elección por parte del órgano administrativo. (Dictamen 490/2004, de 4 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León).

B) El carácter determinante de la naturaleza del vicio para el empleo de una u otra técnica.

En el caso que analizamos es evidente que, al existir el vicio de nulidad absoluta del artículo 62.1, la técnica a utilizar es la de la revisión de oficio del artículo 102.1 de la LRJ-PAC que, además, no está sujeta a plazo alguno y es obligatoria para el órgano de contratación.

C) Plazo ejercicio de las facultades revisoras.

«En cualquier momento» (art. 102 Ley 30/1992, respecto de la revisión de oficio) y «siempre que no hubieran transcurrido 4 años» (art. 103 Ley 30/1992, respecto de la declaración de lesividad). El artículo 102.1 de la Ley 30/1992 no parece que pueda interpretarse de una manera literal sin ponerlo en relación con el artículo 106 que impide el ejercicio de las facultades de revisión cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.

D) Límites a la facultad de revisión de oficio.

La propia configuración legal de la facultad de revisión de sus actos por la propia Administración y los términos empleados al establecer los límites a los que se encuentra sometida imponen «un particular esfuerzo interpretativo para delimitar la definitiva significación y alcance del precepto, así como su encaje con otras instituciones de Derecho Administrativo» (STSJ de Andalucía de 5 de junio 2001). El Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de junio 2008 ha establecido que «la confrontación entre legalidad y seguridad jurídica supone, y ese es el sentido en el que han de entenderse los límites establecidos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, que la revisión de los actos es un procedimiento excepcional y del que debe hacerse un uso restrictivo. El carácter excepcional del procedimiento de oficio conlleva necesariamente no solo una interpretación restrictiva en su uso, sino también la absoluta necesidad de especificar claramente los motivos en que se sustenta la pretensión revisora».

No apreciamos en el presente supuesto la concurrencia de ninguno de los límites legalmente establecidos en el artículo 106 de la Ley 30/1992 a la revisión de oficio del acto nulo de pleno derecho. Las circunstancias del caso no autorizan a tal aplicación, pues ello haría prácticamente inviable el instituto de la revisión de oficio.

E) Viabilidad jurídica: ratificación por el pleno.

Si entendemos que nos movemos en el supuesto del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, nulidad de pleno derecho por órgano manifiestamente incompetente, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que la relación entre el pleno y el alcalde no es una relación jerárquica, sino de superioridad política. Ciertamente, esa misma doctrina ha puesto de relieve que cuando ha sido el órgano colegiado el que ha adoptado un acuerdo de competencia del alcalde, con votación favorable de este, no debe operar dicha causa de nulidad, y también ha declarado la posibilidad de

ratificar la actuación del alcalde por el pleno, que no supondría una convalidación, sino simplemente la asunción como propio del acto del alcalde, de modo que la autoría del pleno quedaría así realizada. Pero esta última doctrina no es trasladable al supuesto en que justamente ocurre lo contrario, esto es, que el pleno no tiene voluntad de ratificar el acto del alcalde, sino y actuando conforme a derecho, revisarlo de oficio.

No obstante la anterior, no se considera la viabilidad jurídica de ratificación por el pleno de un acto claramente viciado de nulidad (recordemos que no se ha tramitado expediente de contratación). El artículo 67 de la LRJ-PAC prohíbe la convalidación de los vicios de nulidad.

F) Revisión de oficio: competencia para incoar, tramitar y resolver el procedimiento y posibles vicios de nulidad del acto.

Respecto a los posibles vicio de nulidad: quedaron vistos respuestas anteriores, prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (no hay expediente de contratación) y posible vicio por órgano manifiestamente incompetente (competencia del pleno del ayuntamiento según el TRLHL si supera ese porcentaje).

Competencia: el artículo 102 de la Ley 30/1992 no prevé el órgano competente en la Administración local para la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, limitándose a establecer en su artículo 103.5, respecto a los actos anulables, que la declaración de lesividad se adoptará por el pleno de la corporación y, en defecto de este, por el órgano colegiado superior de la entidad. Nada establece al respecto la LRBRL (arts. 21 y 22. Competencias del Alcalde y del Pleno), salvo la atribución genérica conferida en su artículo 4.1 g) del LRBRL a los municipios de la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, ejerciéndose en los términos y con el alcance que, para la AGE, se establecen en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común (art. 53 LRBRL y art. 218.1 ROF). No estamos ante una cuestión pacífica, si bien, podríamos entender que la competencia para incoar vendría atribuida al alcalde que es quien ha dictado el acto viciado de nulidad; mientras que la competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio vendría a corresponder al pleno del ayuntamiento. Así, la jurisprudencia, aunque de manera indirecta, ha venido a avalar la competencia del pleno para revisar todos los actos municipales, tal y como parece desprenderse de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987 y de 9 de marzo de 2004. En esta última, el Tribunal Supremo expresa: «La competencia corresponde al pleno del Ayuntamiento, pues la Ley 30/1992, en su redacción originaria, aquí aplicable, atribuye al órgano competente en la materia la competencia para declarar la lesividad de los actos municipales (art. 103.4), lo que constituye una competencia análoga a la de revisarlos por nulidad de pleno derecho o por infracción manifiesta del ordenamiento jurídico».

A mayor abundamiento, establece el artículo 34.2 del TRLCSP 3/2011, y respecto a la revisión de oficio, que será competente para declarar la nulidad el órgano de contratación, que ha de entenderse como el órgano al que corresponda legalmente la contratación. Dado que en el supuesto que nos ocupa la contratación se ha realizado por el alcalde, cuando se trata de una competencia del pleno, es a este a quien corresponde la declaración de nulidad.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley Orgánica de Régimen General Electoral 5/1985, art. 178.
- Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, arts. 10 y 52.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 7, 27, 72 a 78, 84, 84 bis y 84 ter.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 51, 62, 102 y 103.
- Ley 3/2001, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, art. 24.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 71 y 72.
- Ley 21/2013, de evaluación ambiental, art. 9 y disp. adic. primera.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, artículo 104.
- Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSF), arts. 4, 22, 25, 32, 33, 34, 35 y 93.