

EXPROPIACIÓN FORZOSA REALIZADA POR UN AYUNTAMIENTO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

En el presente supuesto se plantean cuestiones relacionadas, especialmente, con una expropiación forzosa llevada a cabo por un ayuntamiento para la realización de una ciudad deportiva. Los mismos se refieren al órgano competente para realizar la misma, al tipo de sesión plenaria realizada, a la validez de la declaración implícita de la *causa expropriandi*, a la determinación del justo precio y a las consecuencias que se produjeron sobre los procedimientos expropiatorios como consecuencia de la revisión de oficio del proyecto de obras donde se habían fundamentado aquellas. Por otra parte, solucionados los problemas anteriores, se anuncia un contrato de obras donde se plantean diversas controversias en relación con el expediente de tramitación de urgencia seguido, la garantía definitiva establecida, el plazo para la presentación de proposiciones y el retraso en la devolución de los avales prestados por la contratista. Finalmente, se publicó la ordenanza de limpieza de los espacios públicos y gestión de residuos, interponiéndose recurso contra dos artículos de la misma, referido el primero al deber de la ciudadanía en materia de limpieza, en ciertos supuestos, y el segundo, al ajuste a derecho de que el personal dedicado a las funciones inspectoras, con la consideración de agentes de la autoridad, estén facultados para acceder, sin previo aviso, a las instalaciones en que se desarrollan las actividades que regula la ordenanza e inspeccionar el contenido de las bolsas de basura y contenedores de residuos.

Palabras claves: expropiación forzosa y contrato administrativo de obras.

Fecha de entrada: 06-03-2014 / *Fecha de aceptación:* 07-03-2014

ENUNCIADO

El Ayuntamiento de Madrid ha celebrado sesión plenaria extraordinaria y urgente al objeto de aprobar un proyecto de obras para la realización de la ciudad deportiva municipal que va a constar de variadas y diversas instalaciones deportivas, así como de bar-restaurante. El proyecto es aprobado y como consecuencia se pone en marcha un procedimiento expropiatorio a fin de conseguir los terrenos necesarios para aquel fin.

Propietarios de varias fincas afectadas dirigen un escrito al ayuntamiento solicitando que se les notifique el acuerdo de aprobación del proyecto y señalando, igualmente, que no había motivos para haber celebrado una sesión extraordinaria y urgente, por lo que impugnaban la convocatoria de la sesión.

A la referida sesión asistió una concejala mediante *webcam*, desde su domicilio, al estar próxima su maternidad y haberlo autorizado la alcaldía.

Iniciados los correspondientes procedimientos expropiatorios, en ningún momento se formuló en dicho procedimiento una relación completa e individualizada de los bienes que se consideraban de necesaria adquisición.

Con posterioridad, al dictarse y convertirse en firme el acuerdo de necesidad de ocupación, uno de los expropiados solicitó la expropiación total de su finca por resultar antieconómica la conservación del resto. El ayuntamiento rechaza la solicitud, en primer lugar porque es extemporánea, ya que entiende que debió realizarse antes del acuerdo de ocupación, y, en segundo lugar, por su innecesidad para el fin de la expropiación.

Respecto a la determinación del justo precio, se producen estas situaciones:

- a) Con un propietario conviene amistosamente el mismo. Ignora la naturaleza jurídica del acuerdo y le llama la atención que no se haya incluido el premio de afección y los intereses por retraso en la fijación del justiprecio.
- b) Un amigo de otro propietario presenta la hoja de aprecio formulada por aquel, en nombre del mismo. La Administración no lo admite al no acreditarse la representación, concediendo 10 días para la subsanación del defecto.
- c) Otro interesado presentó su hoja de aprecio transcurrido el plazo marcado, lo cual provocó que la Administración no admitiera la misma.

Es de resaltar que tras la finalización de los procedimientos, el propio ayuntamiento revisa de oficio el proyecto de obras inicial, anulándolo por contener defectos esenciales en su tramitación.

Resueltas todas las irregularidades anteriores quedan a disposición del ayuntamiento los terrenos para realizar la obra indicada.

El presupuesto estimado de las mismas se eleva a la cantidad de 20 millones de euros (IVA excluido). Se anuncia su adjudicación por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación dividido en dos lotes para la realización de las obras. Se acuerda, dada la ausencia de este tipo de instalaciones en el distrito, seguir el expediente urgente de tramitación. Por ello, el representante de una empresa constructora decide interponer el recurso especial en materia de contratación.

En el pliego aprobado, se exige como garantía definitiva un 5 % del valor estimado del contrato.

El plazo para la presentación de proposiciones se estableció en 36 días desde la fecha del envío del anuncio a la Comisión Europea.

Adjudicado el contrato a una sociedad de responsabilidad limitada, se le otorga el plazo de un año para el inicio de las obras. Esta, por problemas de suministro del material necesario, solicita una prórroga de ocho meses que le es concedida por el órgano competente. Entretanto, el tipo del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO) se modificó, bajando un punto. Al ayuntamiento se le plantea el problema de qué tipo será el que deba aplicar.

Finalizados los trabajos y vencido el plazo de garantía sin que el órgano de contratación devolviera los avales, pese a los escritos reiterados en tal sentido de la empresa contratista no lo hace, por lo que esta solicita ahora el reintegro de las comisiones bancarias por el mantenimiento de tales avales.

En el gimnasio construido, se quiere instalar una máquina de *vending* de bebidas no alcohólicas. El ayuntamiento ignora qué procedimiento se debe utilizar para ello y si se puede cobrar algún canon a la empresa.

Por su parte, se ha aprobado la ordenanza fiscal de limpieza de los espacios públicos y gestión de residuos en el que constan estos dos artículos con la siguiente redacción:

«Artículo 10. Sin perjuicio de las competencias municipales en materia de limpieza se establece el deber de colaboración de la ciudadanía en los siguientes supuestos:

1. La limpieza de las aceras en una anchura mínima de 2 m. Si la acera es de mayor ancho, en la franja más próxima a la fachada y en longitud, se prestará por:

a) quienes habiten en el edificio.

b) quienes desarrollen la actividad cuando se trate de comercios o tiendas situadas en la planta baja o que tengan acceso directo desde la vía pública y, en proporción, a la parte de acera situada en su frente.

2. En caso de nevada quienes habiten en fincas urbanas y quienes tengan a su cargo la limpieza de edificios públicos y establecimientos de toda índole, colaborarán en la limpieza de hielo y nieve de las aceras en la longitud correspondiente su fachada».

A continuación, en el artículo 86 considera infracciones leves el incumplimiento de cualquier obligación establecido en los títulos I a IV de la ordenanza o la omisión de los actos a que obliga, siempre que no estén considerados como infracciones graves o muy graves».

«Artículo 76. De conformidad con la legislación vigente, el personal dedicado a las funciones inspectoras, tendrá la consideración de agentes de la autoridad, estando facultados para acceder sin previo aviso, identificados mediante la correspondiente acreditación, a las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza. Estarán asimismo facultados para inspeccionar el contenido de las bolsas de basura o demás contenedores de residuos».

La legalidad de los dos artículos es impugnada por varias comunidades de propietarios ante el juzgado de lo contencioso-administrativo.

Cuestiones planteadas:

1. Analice la naturaleza jurídica del escrito presentado por los propietarios afectados por el proyecto de obras y el contenido del mismo.
2. ¿Resulta ajustada a derecho la asistencia a la sesión mediante *webcam*, desde su domicilio, de una concejala, autorizada por el alcalde?
3. ¿Qué opinión le merece que no se formulara una relación completa individualizada de los bienes que se consideraban de necesaria adquisición en el procedimiento expropiatorio?
4. ¿Era el alcalde el órgano competente para ordenar la publicación?
5. Comente la solicitud de expropiación parcial y el rechazo del ayuntamiento.
6. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del acuerdo amistoso en la determinación del justo precio? ¿Qué le parece que no se incluyeran el premio de afección y los intereses?
7. ¿Es ajustada a derecho la actuación de la Administración no admitiendo la hoja de aprecio presentada por el amigo de un expropiado?
8. ¿Es ajustada a derecho la actuación de la Administración rechazando la hoja de aprecio presentada fuera de plazo por otro expropiado?
9. ¿Qué opinión le merece la revisión de oficio el proyecto de obras?
10. Procedimiento a utilizar para la instalación de la máquina de *vending*. ¿Podría cobrarse algún canon a la empresa?

11. ¿Es ajustada a derecho la división en dos lotes respecto a las obras proyectadas?
12. Indique la naturaleza del contrato a realizar y la procedencia del expediente de contratación de urgencia.
13. ¿Cómo se deberá resolver el recurso especial en materia de contratación presentado?
14. ¿Está determinada correctamente el importe de la garantía definitiva?
15. ¿Resulta ajustado a derecho el plazo establecido para la presentación de las proposiciones?
16. ¿Qué tipo impositivo del ICIO se aplicará?
17. ¿Se atenderá a la reclamación de la contratista respecto a la devolución de los avales y reintegro de las comisiones bancarias?
18. ¿Cómo debe proceder el órgano jurisdiccional al recibir el recurso?
19. ¿Tenían capacidad procesal las comunidades de propietarios para recurrir?
20. ¿Qué recurso cabrá contra la sentencia que resuelva el proceso contencioso-administrativo?
21. ¿Qué deberá resolver el órgano jurisdiccional respecto al recurso interpuesto contra la legalidad de esos dos artículos?

SOLUCIÓN

1. En cuanto a la naturaleza del escrito presentado por los propietarios afectados por el proyecto de obras, deberá interpretarse como un recurso potestativo de reposición (arts. 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), puesto que el acto del Pleno municipal agota la vía administrativa (art. 52 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LRBRL).

En cuanto a la exigencia de que el proyecto de obras aprobado debió ser notificado de forma individualizada no se ajusta a la legalidad. En primer lugar, porque la exigencia de notificación no es motivo para interponer recurso alguno, sino que los motivos de interposición del recurso son los vicios contemplados en el artículo 62.1 (nulidad) y 63 (anulabilidad), según el artículo 107 de la LRJPAC. Lo que la falta de notificación provoca es una falta de eficacia del acto notificado, pero no afecta a su validez y no empieza a computar el plazo para interponer el o los recursos procedentes hasta que se subsane esa falta de notificación.

En segundo lugar, tales proyectos, en la medida en que son determinantes de posibles expropiaciones, en su elaboración, están sometidos al trámite inexcusable de información pública, a cuyo

efecto debe figurar la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados por la expropiación, que se dará a conocer, siendo los titulares de estos bienes y derechos los que pueden comparecer en ese momento del expediente expropiatorio para defender tales intereses legítimos.

Por otra parte, la notificación individualizada del acuerdo que vaya a constituir la causa de la expropiación, dado que en esta fase no existen interesados con los que deba entenderse notificación alguna, no hay procedimiento administrativo que, en todo caso, se inicia con el acuerdo de necesidad de ocupación.

En definitiva, este proyecto debe ser publicado pero no notificado.

En cuanto a la denuncia de que no había motivo para celebrar la sesión extraordinaria y urgente, puede que tengan razón porque es cierto que no parece justificado interés público alguno para que se anticipe en dos días la celebración de un pleno extraordinario normal, lo que ocurre es que carecen de legitimación, no son interesados, para impugnar esta materia puesto que los únicos legitimados serán sus miembros de las corporaciones locales, que pueden verse afectados por la restricción respecto al plazo mínimo entre la convocatoria y la celebración de la sesión.

Añadir finalmente que el Pleno del Ayuntamiento de Madrid no era el órgano competente para la aprobación del proyecto de obras, sino que, en virtud del artículo 17 de la Ley 22/2006, de Capitalidad, esta competencia correspondía a la junta de Gobierno. Ahora bien, podría plantearse la cuestión de si en el pleno han intervenido todos los componentes de la junta de Gobierno y el acuerdo adoptado coincide con los votos de los mismos, tal acuerdo pudiera mantener su validez. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en supuestos similares, así lo ha entendido.

2. Con respecto a la asistencia a la sesión de una concejala mediante *webcam* o videoconferencia, dado que su estado de embarazo se encontraba muy avanzado y el alcalde así lo ha permitido, debemos señalar que se pueden hacer dos objeciones a la validez de la asistencia de esta manera que se refieren al lugar de celebración de las sesiones y a la necesaria presencia física de los concejales en el salón de las sesiones.

Respecto al lugar de celebración de las sesiones, está regulado en el artículo 49 del Texto Refundido del Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril (en adelante, TRRL), de carácter básico, que dispone: «Las sesiones se celebrarán en la casa consistorial o palacio provincial que constituye la sede de la respectiva Corporación. En los casos de fuerza mayor, podrán celebrarse en edificio habilitado al efecto».

Se entienden por «casas consistoriales» los edificios de los ayuntamientos consagrados a su servicio directo, sin que sea lícito extender el concepto a fin de incluir en su significado dependencias constituidas fuera de dichos inmuebles, organizadas para el ejercicio de las funciones y el cumplimiento de los deberes que las leyes imponen a las corporaciones municipales.

Puede utilizarse, no obstante, en vez del salón de sesiones, cualquier otra sala o habitación que al efecto se habilite dentro de la casa-ayuntamiento; o, a falta de esta, en el local que haga sus veces, sin que por ello se incurra en vicio de nulidad para las sesiones.

En relación con la presencia personal, para la válida constitución del pleno han de cumplirse unos requisitos que, en síntesis, son los siguientes: a) convocatoria y determinación del orden del día; b) notificación de ambos con la debida anticipación; c) asistencia al salón de sesiones el día y hora fijados en la convocatoria en número suficiente, y d) la presencia del presidente y del secretario o de quienes legalmente le sustituyan.

La asistencia a la sesión no solo es necesaria para que puedan válidamente adoptarse acuerdos, sino que se trata, además, de un deber para los miembros de las corporaciones locales llamados a ello, según establece el artículo 72.1 del TRRL, al señalar que estarán obligados a concurrir a todas las sesiones si no existiera justa causa que lo impidiera, que deberán comunicar con antelación necesaria al presidente de la corporación. El artículo 12.1 del ROF reitera: «Los miembros de las corporaciones locales tienen el derecho y el deber de asistir, con voz y voto, a las sesiones del pleno y a las de aquellos otros órganos colegiados de que formen parte, salvo que justa causa se lo impida».

En definitiva, a tenor de la normativa hoy vigente, es necesaria la presencia física de los concejales en el lugar de celebración de la sesión para poder ejercitar sus derechos como miembros de la corporación. La ausencia del salón de sesiones les priva de estos derechos. Ahora bien, es una cuestión que, a falta de regulación normativa, permite interpretaciones en favor o en contra de la misma, debiendo destacarse que, si se permitiera tal modalidad de asistencia por razones de imperiosa necesidad, garantizada la identidad personal de la persona afectada, así como los medios técnicos utilizados, no debe descartarse de manera tajante su posibilidad, de hecho hay resoluciones judiciales que se han manifestado a favor (Tribunal Superior de Justicia de Galicia) y otras, en contra (Tribunal Superior de Justicia de Asturias).

3. Con respecto a la no formulación completa e individualizada de los bienes que se consideran de necesaria adquisición, al tratarse de una declaración implícita de la causa de la expropiación, aprobación del proyecto de obras municipal, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 exige la formulación, aunque en el proyecto de obras se contemplase la misma.

4. Respecto al órgano competente para ordenar la publicación, parece que sería la junta de Gobierno a la que el artículo 17 de la Ley de Capitalidad antes aludida hace competente para estas cuestiones.

5. En relación con la solicitud de expropiación parcial y el rechazo del ayuntamiento, el artículo 23 de la LEF lo permite; sin embargo, no parece muy acertada la primera de las razones esgrimidas por aquel para su negativa en el sentido de que el escrito era extemporáneo porque la normativa sobre la materia no exige que se haga en ningún momento concreto. Puede hacerse desde que el afectado tiene conocimiento de la superficie afectada hasta la terminación del procedimiento, normalmente por resolución justipreciaria, o en el momento en que se extiende el acto del pago del precio.

Respecto a la no conveniencia de la expropiación total, sí es razón suficiente para no admitirla puesto que se trata de una potestad discrecional, acceder o no a la misma, teniendo en cuenta que si no es necesario para la causa de la expropiación, no debe ser expropiada.

Por tanto, la solicitud de expropiación total, por resultar antieconómico el resto de la finca, viene a ser una manifestación del derecho de petición del artículo 29, con independencia de que lo reconozca la propia LEF.

Otra cuestión es que, si no lo admite, se valoren los perjuicios económicos que se le cause al expropiado y el deber de indemnizarlos. Por ello, en el caso de que, efectivamente, la expropiación parcial sea antieconómica para el expropiado, puesto que la finca sufre una disminución de la explotación económica, entonces en el justiprecio se tendrá en cuenta el demérito patrimonial del resto de la finca no afectada.

En la defensa de lo anterior, el expropiado podrá utilizar la vía de los recursos administrativos y contencioso-administrativos, siendo una cuestión de prueba.

6. Respecto a la determinación del justo precio por mutuo acuerdo, se trata de un contrato administrativo especial, al ser propio su objeto del giro o tráfico de la Administración pública, subsumible, por ello, en el artículo 19.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011.

Que no se incluyeran en el mismo el premio de afección del 5% y los intereses legales por demora en la fijación del justiprecio a los que se refiere el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 1957 es ajustado a derecho puesto que se entiende que en el acuerdo alcanzado se incluyen dichos conceptos. No se incluyen los intereses por retraso en el pago del artículo 57 de la LEF.

7. En relación con la hoja de aprecio realizada y presentada por el amigo de un propietario que no es aceptada por la Administración, mientras no acredite la representación, se obró correctamente puesto que esa hoja de aprecio es como una solicitud que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la LRJPAC, exige acreditar la representación por alguno de los medios admitidos en derecho. Las hojas de aprecio presentadas por quien no acredite poder del representado no vinculan a este. Por ello, la Administración actuó correctamente cuando otorgó, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de la LRJPAC, 10 días para que se subsanara el defecto de falta de representación.

8. En cuanto a la hoja de aprecio que se presentó transcurrido el plazo, debemos señalar que carece de trascendencia jurídica pues ha de tenerse en cuenta para la determinación del valor real de la finca si es posible.

La formulación de la hoja de aprecio es un derecho, no una carga u obligación, por lo que la ausencia de presentación no le impide legítimamente al expropiado para recurrir con posterioridad. Por tanto, y en definitiva, si la Administración todavía no ha fijado el justiprecio, está obligada a tener en cuenta esa hoja de aprecio presentada por el interesado porque se trata, en suma, de un defecto formal que carece de consecuencia jurídica alguna. Otra cosa es que ya se hubiera dictado el justo precio por parte de la Administración, en cuyo caso no podría ser tenida en cuenta y la culpa de que esto haya sucedido se debe exclusivamente a la conducta del expropiado que no ha respetado el plazo que se le dio para el cumplimiento de tal trámite.

9. Revisado de oficio el proyecto de obras inicial que supuso la declaración implícita de la causa de la expropiación, si esta revisión de oficio finalizara con la declaración de invalidez de aquel, haría inválidos, igualmente, los procedimientos de expropiación forzosa puestos en marcha por el citado proyecto, que fue el presupuesto habilitante que justificó los referidos procedimientos.

Por ello, habría que reponer las cosas a la situación inicial, devolviéndose los terrenos expropiados, si fuera posible, a los afectados y, en caso de no ser posible, la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

10. Es habitual que, en los edificios destinados a servicios públicos, se instalen máquinas de *vending* para que los usuarios de las instalaciones tengan la posibilidad de consumir los productos que suministran estas máquinas.

En cuanto a la calificación jurídica de este contrato, se vienen utilizando dos posibilidades:

- La más sencilla es la de conceder una autorización conforme a lo establecido por la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En efecto, el artículo 89 dispone que la ocupación por tercero de espacios en los edificios administrativos podrá admitirse, con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinatario en ellos cual público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos, o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos. Añadiendo que esta ocupación no podrá entorpecer o menoscabar la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en él, y habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, si se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o concesión si se produce por medio de instalaciones fijas. En este sentido, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 de dicha ley, declarados básicos sus apartados 1, 2 y 4. Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y, si ello no fuera procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen. No serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento han de tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentra limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión. Finalmente, las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.
- La otra posibilidad contemplada es configurarlo como un contrato administrativo, especial posibilidad que se basa en diversos informes de la junta consultiva de con-

tratación administrativa, como el 67/99, de 6 de julio de 2000, el 24/2005, de 29 de junio; y el 28/2007, de 5 de julio. En todos ellos, se considera el servicio de cafetería en bienes de servicio público como contratos administrativos especiales. Aunque aquí, en realidad, se trata simplemente de la instalación de una máquina.

En cuanto a si podrá cobrarse algún canon a la empresa, no es solo que se pueda, sino que se debe establecer un precio por esa instalación, ya que, aunque depende del número de usuarios, lo cierto es que esas máquinas suelen dejar un beneficio importante a las empresas que las instalan y el lugar donde están instaladas pertenece a la Administración pública. En este sentido, debe tenerse en cuenta el artículo 92.5 de la LPAP, que, aunque no tengan carácter básico, pueda servir como criterio para establecer una contraprestación. Dispone el citado precepto que las autorizaciones podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o con condiciones, o estar sujetas a la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público estatal.

11. En relación con la adjudicación por lotes del contrato licitado, el artículo 86.3 del TRLCSP lo permite si el objeto del fraccionamiento lo admite, pudiendo preverse la realización independiente de cada una de sus partes, siempre que se justifique y los lotes sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituya una unidad funcional o así lo exija la naturaleza del objeto contractual. En ningún caso se admitirá el fraccionamiento cuando tenga por finalidad evitar la aplicación de las normas sobre publicidad o procedimiento de adjudicación.

En este caso, por la naturaleza de la obra de que se trata, en la que se pretenden construir, de forma separada, campos de fútbol, pistas de atletismo, gimnasio, cafetería, etc., en principio, nada impide que la ubicación se divida en lotes.

12. Se trata de un contrato de obras del artículo 6 del TRLCSP, el primer establecimiento (art. 122.1 TRLCSP), objeto a regulación armonizada (art. 14 TRLCSP).

El expediente de urgencia, según el artículo 112, debe responder a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. Es una situación objetiva, justificada y realmente existente, sin que la demora injustificada ni la falta de la exigible eficacia en el actuar administrativo puedan tomarse como circunstancias determinantes que justifiquen ahora un procedimiento especial de contratación en lugar del ordinario. Debe fundarse un dato objetivo, no meramente subjetivo, pues de otro modo quedaría al arbitrio del órgano competente, lo cual no es aceptable (STS de 28 octubre 1992).

En el caso concreto que analizamos, desconocemos las circunstancias específicas concurrentes para saber si puede quedar encuadrada en alguno de los motivos a que se refiere el artículo 112, pero, en principio, no parece que sea así porque si existía carencia o insuficiencia de este tipo de instalaciones en la zona, salvo que otra cosa se demuestre, en principio, se debe a la negligencia en el actuar administrativo, que ha dejado pasar el tiempo sin afrontar este problema.

13. Al recurso especial en materia de contratación interpuesto se refiere el artículo 40.1 del TRLCSP, admitiéndolo para los contratos sujetos a regulación armonizada. Pero en el apartado

segundo de dicho artículo, se establecen los actos susceptibles de este recurso y no aparece ningún motivo en el que pueda tener encaje el que sea utilizado en el presente caso, consistente en la tramitación urgente del procedimiento.

Por ello, este recurso no debe ser admitido, y el recurso procedente contra este acuerdo, en su caso, sería el potestativo de reposición o, directamente, el recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo (arts. 116 y 117 LRJPAC y 8.1 LJCA).

14. La garantía definitiva, que se fijó en el 5% del valor estimado del contrato, no fue ajustada a derecho porque deberá ser el 5% del precio de adjudicación, excluido el IVA (art. 96.1 TRLCSP).

15. En relación con el plazo establecido para la presentación de proposiciones, el artículo 159.1 TRLCSP señala que, en contratos sujetos a regulación armonizada, no será inferior a 52 días desde el envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea. Este plazo puede reducirse a 5 días, si se ofrece acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria. Si se hubiese enviado el anuncio previo a que se refiere el artículo 141 podría reducirse el plazo hasta 36 o, excepcionalmente, hasta 22 días (si se envió el anuncio para su publicación antes de los 52 días y dentro de los 12 meses anteriores a la fecha del envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para este). Los plazos señalados en los dos párrafos anteriores podrán reducirse en 7 días si los anuncios se preparan y envían por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

Por tanto, podría haberse reducido hasta 12 días de los 52 exigidos, pero no hasta 36. Aun tratándose expediente urgente, no cabría más solución, al utilizarse en este caso el procedimiento abierto, según el artículo 122.2 b) del TRLCSP.

16. En cuanto a lo que había de pagarse en concepto de impuesto sobre instalaciones, construcciones y obras, teniendo en cuenta que se concedió la licencia en una fecha, no se realizaron las obras, se concedió una prórroga y en ese lapsus de tiempo se modificó el tipo del ICIO, debemos señalar que el momento en que se determina el tipo de gravamen aplicable a una construcción, instalación u obra se sitúa en el inicio de la misma. Siendo indiferente, a tal efecto, el momento en el que se solicite o conceda la licencia de obras.

En la liquidación definitiva se tomará el coste real y se aplicará el tipo de gravamen vigente en la fecha del devengo, es decir, al inicio de la realización del hecho imponible, cualquiera que haya sido la fecha de concesión de la licencia de obras, acto este último que permite la anticipación del ingreso del ICIO mediante autoliquidación o mediante la liquidación provisional a que se refiere el artículo 103.1 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales 2/2002, pero que no prejuzga el tipo de gravamen, que será el vigente en la fecha del devengo.

En conclusión, si la construcción no se ha iniciado cuando se concede la licencia, el ayuntamiento practicará la liquidación provisional aplicando el tipo que establezca la ordenanza fiscal en vigor en el momento de concesión de la licencia, sin perjuicio de que para la liquidación definitiva se aplique el tipo vigente en el momento del inicio de las obras. Así pues, el porcentaje

tipo aplicable a la liquidación provisional no coincide necesariamente con el que podríamos denominar el auténtico tipo de gravamen.

17. En cuanto a la exigencia de la devolución de avales y reintegro de lo abonado en concepto de comisiones bancarias, el artículo 102.1 del TRLCSP señala que la garantía será devuelta o cancelada cuando se haya producido el vencimiento del plazo de garantía cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate o cuando se declare la resolución de este sin culpa del contratista. El 102.2 continúa señalando que, aprobada la liquidación, si no resultan responsabilidades que hayan de ejercitarse sobre la garantía y transcurrido el plazo de la misma, en su caso se dictará acuerdo de devolución de aquella o cancelación del aval o seguro de caución.

Las garantías están afectas a una serie de responsabilidades; de forma que si el contrato se ejecuta en su totalidad, y el ayuntamiento no va a instar la incautación de la garantía, esta debe devolverse. Lo que no puede hacer un ayuntamiento es retener *sine die* una garantía. Por consiguiente, la garantía debió devolverse una vez transcurrido el plazo de un año, si no se estableció otro, desde la entrega de la obra.

Además, el artículo 102 del TRLCSP dispone expresamente que debe procederse a indemnizar al contratista por los gastos que no debió soportar, en este caso, los gastos del mantenimiento de la garantía por tiempo superior al que hubiera sido necesario si la Administración no hubiese actuado con la debida diligencia. Por todo ello, se deberán abonar las comisiones bancarias que se soportaron indebidamente por el retraso de la Administración en la cancelación del aval.

18. En cuanto al recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la ordenanza de limpieza de los espacios públicos y gestión de residuos, se deberá dictar auto por parte del juez de lo contencioso-administrativo, no admitiéndose el recurso por ser órgano incompetente, ya que al tratarse de una disposición general es siempre competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (arts. 7 y 51 LJCA).

19. La comunidad de propietarios no tenía falta de capacidad procesal para actuar en el proceso contencioso-administrativo pues el artículo 18 de la LJCA señala que: «Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente».

De la Ley de Propiedad Horizontal se deduce esa capacidad para la defensa de sus intereses.

20. Contra la sentencia que resuelva ese proceso contencioso-administrativo cabrá el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la LJCA, porque al tratarse de una disposición general cabe siempre dicho recurso.

21. En cuanto a la legalidad o no de los preceptos incluidos en el supuesto de hecho de la referida ordenanza nos vamos a limitar a transcribir literalmente los fundamentos quinto y sexto utiliza-

dos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre 2012, dictada en el recurso de casación número 5582/2010, que declaró la ilegalidad del artículo 10 y el ajuste a derecho del artículo 76.

Quinto. En relación con el artículo 10 de la ordenanza municipal citada, considera la parte recurrente que la sentencia al anular el precepto vulnera determinados preceptos de la Ley del Suelo, y el artículo 45 de la Constitución, el artículo 18.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la Ley 10/1998, de Residuos, y otras normas. Trata de fundamentar que no nos encontramos ante una imposición de obligación de limpieza viaria, sino ante el desarrollo del deber de colaboración de los ciudadanos, que ya constituía una práctica anterior y que entronca con el deber de conservación del medioambiente y el suelo como recurso natural.

Dispone el artículo 10 de la Ordenanza:

«Sin perjuicio de las competencias municipales en materia de limpieza, se establece el deber de colaboración de la ciudadanía en los siguientes supuestos:

1, La limpieza de las aceras en una anchura mínima de dos (2) metros, Si la acera es de mayor ancho, en la franja más próxima a la fachada y en longitud, se prestará por:

a) Quienes habiten en el edificio en el caso de las aceras correspondientes a sus fachadas, con independencia de cual sea la función o destino de la edificación.

b) Quienes desarrollen la actividad, cuando se trate de comercios o tiendas situadas en la planta baja o que tengan acceso directo desde la vía pública, y en proporción a la parte de acera situada en su frente.

c) La Administración o ente que ostente la titularidad, cuando se trate de aceras correspondientes a edificios públicos.

d) La propiedad, en el caso de aceras correspondientes a solares sin edificar.

Los residuos obtenidos de la limpieza a que se refiere este apartado serán depositados en los recipientes que el Ayuntamiento pone a disposición de la vecindad para la recogida de la fracción correspondiente, estando totalmente prohibido dejarlos directamente en la vía pública o en cualquier otro tipo de recipiente.

2, En caso de nevada, quienes habiten en fincas urbanas y quienes tengan a su cargo la limpieza de edificios públicos y establecimientos de toda índole, colaborarán en la limpieza de hielo y nieve de las aceras en la longitud correspondiente a su fachada, y en una anchura mínima de dos metros, si la acera es de mayor ancho, depositando la nieve o hielo recogido a lo largo del borde de la acera».

En el escrito de contestación a la demanda el Ayuntamiento de Madrid sustentó la pretensión de legalidad del precepto en las competencias del municipio recogidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, artículos 25.2 y 26.1 a), y en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, artículo 9.1. No se alegaron otros preceptos ni leyes para defender la legalidad de este precepto de la ordenanza.

No hay duda alguna de que la sentencia de instancia ha recogido la verdadera naturaleza del precepto; es decir, la imposición de una obligación en su categoría de prestación de carácter personal, al recoger la expresión «se prestará por...», y con las precisiones de quien lo realizará –sujetos obligados– y con qué alcance se realizará –extensión y contenido del deber–. No cabe interpretar la misma, como mantiene la recurrente, como la integración de un deber de colaboración que no contiene nota alguna de voluntariedad, sino de actividad coactiva y exigible para aquellos que vivan o desempeñen actividades o servicios en aceras de unas determinadas características recogidas en el precepto. No hay infracción alguna de los preceptos que cita la recurrente y que sí fueron recogidos en el escrito de contestación a la demanda y referenciados por la sentencia, puesto que no estamos ante una llamada a la colaboración ciudadana, en forma de participación voluntaria, sino ante una verdadera obligación –acción–, cuya omisión puede integrar un tipo infractor concreto susceptible de ser sancionado. La redacción del precepto efectivamente vulnera el artículo 31.3 de la Constitución.

Atendiendo al artículo 9 de la propia ordenanza, que se intitula «Cumplimiento de obligaciones» y cuyo contenido es: «Todas las personas físicas y jurídicas están obligadas al cumplimiento de las disposiciones del presente Título y las que en materia de limpieza general y mantenimiento del ornato público, apruebe en cualquier momento el Ayuntamiento en el ejercicio de sus facultades», se observa que el precepto analizado adquiere los tintes de obligatoriedad para todas las personas físicas y jurídicas afectadas por quedar dentro del ámbito subjetivo de la prescripción normativa. Ello, además, puesto en relación con el Título VI, Capítulo 2.º, de la Ordenanza, en cuanto a la graduación de las infracciones y determinación de las sanciones correspondientes determina la existencia y reconocimiento para la Administración Local de la potestad de sancionar. Así se dispone en el artículo 86.3 de la ordenanza:

«Artículo 86. Infracciones Leves:

Se considerarán infracciones leves:

3, El incumplimiento de cualquier obligación establecida en los Títulos I al V de la presente Ordenanza o la omisión de los actos a que obliga, siempre que no estén considerados como infracciones graves o muy graves en los artículos 87 y 88».

Recordemos que, por tanto, si acudimos ante las previsiones del artículo 129 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común: «Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para /a administración local en el Título XI de la Ley 711985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local». Observamos que concurren todos los elementos que determinan que nos encontremos ante una obligación de carácter personal, que la Administración pretende imponer a los administrados, y tipificando la misma, recoge la sanción a imponer en caso de que no se observe la misma. Ello determina, sin lugar a duda, que no podamos considerar la misma como deber de colaboración voluntaria entendida como «trabajo conjunto» y voluntario, sino que la Administración ejerce su «potestas» e impone la misma a los administrados determinados.

Además de lo anterior, también debe precisarse que la conducta impuesta supone vaciar de contenido la competencia municipal sobre la limpieza y recogida de residuos al trasladar al administrado el deber concreto de limpiar, recoger y depositar los residuos que se encuentran en las vías públicas. Con lo cual el mandato prevenido en los artículos 25.2 1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y 4.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, queda sin contenido en aquellos casos en que las aceras cumplan determinadas características para pasar a imponerse a los residentes y personas jurídicas empresarias de esa zona en concreto. Incluso la propia ordenanza en su artículo 3 recoge la competencia del municipio para la limpieza de las vías y espacios públicos y el artículo 26, la competencia del ayuntamiento en el servicio de recogida y transporte de residuos urbanos prestado por el servicio municipal con la frecuencia y horarios adecuados. Por otra parte, el artículo 25 de la ordenanza recoge la consideración como «residuo general» aquel que proviene de la limpieza viaria. Al no integrar, por tanto, esta conducta, «colaboración voluntaria» de los ciudadanos del municipio, no cabe entender vulnerado el artículo 18.1 b) de la citada Ley 7/1985, ni por conexión el artículo 226 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Por último, para acabar con el examen de este artículo, la parte recurrente cita, al igual que hizo en el escrito de contestación, el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 21/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, para fundamentar la procedencia en derecho de este precepto. El artículo 9 de la citada norma se titula «Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas» y de su redactado en modo alguno se infiere que las aceras públicas, pertenecientes al dominio público local (art. 79.3 Ley 7/1985, de 2 de abril, y arts. 2 y 3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), queden dentro de los derechos, facultades, deberes, cargas del derecho de propiedad privada, y de la función social que ha de cumplir, según nace del artículo 33 de nuestra Constitución. No existe vulneración alguna del artículo 9 Real Decreto Legislativo 2/2008 puesto que no existe relación alguna.

Sexto. En el subapartado segundo del único motivo articulado analiza la recurrente la anulación del artículo 76 de la ordenanza, cuyo contenido es el siguiente:

«De conformidad con la legislación vigente, el personal al que se hace referencia en el artículo anterior, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, tendrá la condición de agentes de la autoridad, estando facultados para acceder sin previo aviso, identificados mediante la correspondiente acreditación, a las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza. Estarán asimismo facultados para inspeccionar el contenido de las bolsas de basura o demás contenedores de residuos.

La sentencia de instancia considera que este precepto es nulo por cuanto infringe derechos fundamentales de la persona en cuanto potenciales reveladores de aspectos inequívocos de su vida privada, y, por tanto, que pueden afectar a su derecho al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen, protegidos por la Ley 1/1982, de 5 de Mayo y por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos, en un momento en el que todavía se encuentran en la esfera de exclusión de terceros así como por la

falta de concreción respecto a los lugares en los que se pueden realizar esas inspecciones por parte del personal inspector.

El artículo 75 de la Ordenanza precisa quién será este personal, que con las prerrogativas de agente de la autoridad puede realizar tales inspecciones en las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en esta Ordenanza».

La ordenanza no recoge una definición concreta de los lugares o instalaciones en los que se desarrollen actividades reguladas en la ordenanza, siendo que la misma obliga, según lo previsto en el artículo 31.2, a: «Depositar dichos residuos (urbanos generales) separadamente en recipientes específicos suministrados por el Ayuntamiento». Y desde ese momento, desde la entrega en debida forma «en las fracciones y condiciones exigidas en la presente Ordenanza» (art. 27.1), la Administración adquiere el poder de disposición sobre los mismos a los efectos de llevar a cabo las actividades propias del servicio público (valorización, selección, reciclado, eliminación, en definitiva, la gestión).

La Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, vigente hasta el 30 de junio de 2001, recoge diversas definiciones a los efectos de la ley, y son reproducidas también en la Ley autonómica 5/2003, de 20 de marzo, así como también en la ordenanza impugnada, en los artículos 24 y 25. Cada una de estas definiciones será relevante a los efectos de configurar un régimen jurídico respecto a cada tipo de sujeto poseedor/productor/gestor y con respecto a cada variable de residuo (vidrio, papel y cartón, residuos sanitarios, etc.). Es procedente acudir a la definición de «instalaciones» que realiza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a los efectos de poder ver si con ella se concreta el precepto. Así, el término «instalaciones» se define como: «Acción o efecto de instalar o instalarse. Conjunto de cosas instaladas». El verbo «instalar», seguidamente, como: «3 Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar, como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos de luz, etc.». A partir de esta definición, se determina con claridad que la inspección no se realiza en cualquier lugar, sino en aquellos de libre acceso en los que exclusivamente se realizan actividades recogidas y relacionadas en la ordenanza, como son el depósito, almacenaje, distribución y separación selectiva, etc. Por tanto, no se produce la vulneración e inconcreción que mantiene la sentencia porque exclusivamente esas «instalaciones», lugares, son las que podrán ser inspeccionadas por los funcionarios agentes de autoridad. No existe colisión con otros lugares cuyo acceso pudiera hacerse depender del consentimiento del titular por estar protegido constitucionalmente. No cabe duda de que las «instalaciones en las que se desarrolle la actividad», reguladas en esta ordenanza, son un concepto que es fundamental y que otorgará legitimidad/autoridad para el ejercicio de la potestad de inspección y apertura de bolsas de basura u otro tipo de recipientes. Dependerá, por ejemplo, de si el edificio es de nueva construcción, en los que, según la ordenanza, artículo 39, deberá disponerse de un local destinado al almacenamiento de los contenedores normalizados; asimismo, dependerá del tipo de residuo (por ejemplo, vidrio, que según el artículo 38 deberá depositarse en grandes contenedores en la vía pública). Es decir, la ordenanza concreta, con el vocablo «instalaciones», tal y como hemos definido, cómo y dónde se va a realizar la inspección de los lugares en los que se realicen las actividades que recoge la ordenanza y, sin perjuicio de un desarrollo posterior respecto de este término al amparo de las

especificidades de determinados residuos que pudieran determinar nuevas obligaciones de depósito y almacenaje que la comunidad hubiera de asumir.

Ha lugar al recurso de casación y se casa la sentencia de instancia en relación con la declaración de nulidad del artículo 76 de la ordenanza, se desestima el recurso contencioso-administrativo en relación con el mismo y se declara conforme a derecho.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución española, art. 29.
- Ley de 16 de diciembre de 1954 (LEF), art. 23.
- Ley 7/1985 (LRBRL), art. 52.
- Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 7, 32, 62, 63, 116 y 117.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 7, 8, 51 y 86.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 89 y 92.
- Ley 22/2006, de Capitalidad, art. 17.
- Real Decreto Legislativo 781/1986 (TR disposiciones en materia de Régimen Local), arts. 49 y 72.
- Real Decreto Legislativo 2/2002 (TR Haciendas Locales), art. 103.
- Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLRSP), arts. 6, 14, 19, 40, 86, 96, 102, 112, 122 y 159.
- STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 noviembre de 2012.