

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Letrado del Tribunal Supremo

• ENUNCIADO:

El Pleno del Ayuntamiento de X, en sesión celebrada el día 4 de febrero de 2003, aprobó definitivamente el «proyecto de reparcelación de las antiguas manzanas 24, 25 y 26 del Plan Especial del Centenal, hoy unidad de gestión G del Plan General de Ordenación de X, aprobado el día 4 de julio de 2001», aunque a la fecha en que dicho acuerdo municipal se adopta se había publicado en Diario Oficial el acuerdo de aprobación y sólo, parcialmente, el contenido de dicho Plan General, formalizándose la reparcelación mediante documento administrativo protocolizado notarialmente conforme al artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, donde se consignaron las fincas resultantes y la superficie de cesión obligatoria y adjudicándose al Ayuntamiento, en cuanto titular de bienes patrimoniales aportados y en concepto de propietario, las fincas resultantes números 16 y 17.

Posteriormente, ante la necesidad de construir viviendas municipales donde alojar a las familias necesitadas o privadas de su hogar por las actuaciones derivadas del Plan General, se acordó la convocatoria de un concurso público para la enajenación mediante permuta de aquellas fincas municipales números 16 y 17, transmitiendo la propiedad del suelo a cambio de ceder la propiedad de 20 viviendas del total de las construidas y 20 plazas de aparcamiento construidas sobre dichas parcelas.

El concurso es adjudicado a la entidad mercantil La Coronilla, S.L. entre cuyos socios se encuentra el Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento y su esposa, ninguno de los cuales ostenta la condición de administrador de la sociedad mercantil.

Denunciada esta circunstancia por otro de los licitadores que había tomado parte en el referido concurso, el Alcalde del Ayuntamiento, al amparo de lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 102, pone en marcha un procedimiento de revisión de oficio al objeto de anular aquella adjudicación, lo cual acaba realizándose.

Realizando nuevo concurso es adjudicado a un hermano del Primer Teniente de Alcalde.

A la hora de concretarse la cesión de las viviendas se produce un enfrentamiento entre la sociedad mercantil y el Ayuntamiento. Aquella opina que las 20 plazas de garaje que ha de ceder a la corporación pueden ser las construidas bajo el subsuelo de las parcelas privadas 16 y 17 de la unidad de gestión G, o bien, las construidas en el subsuelo de la vía peatonal existente entre ambas parcelas. La Administración estima que las plazas cedidas han de ser, obligatoriamente, las existentes bajo las parcelas citadas.

A juicio de la entidad mercantil, las calles y paseos de utilización general, cuya conservación y policía son de competencia de la entidad local son bienes de dominio público, y, tratándose de vías públicas, en el inventario deberán constar los datos necesarios para su identificación. En cambio, los que siendo propiedad de la entidad local no están destinados al uso público ni afectos a algún servicio público y puedan constituir fuentes de ingreso para el erario municipal son bienes de propio o patrimoniales, que se rigen por su normativa específica y, en su defecto, por el derecho privado, no habiendo en esta legislación impedimento alguno para que se produzca la atribución de las plazas de garaje conforme a su propuesta. Igualmente, en defensa de su pretensión alega que el artículo 1.132 del Código Civil (CC) señala que en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor salvo pacto en contrario que, en este caso, no existía, por lo que era ella la que tenía el derecho a individualizar las plazas a entregar en cumplimiento de lo pactado.

Por su parte, un concejal perteneciente a uno de los grupos municipales habían votado en contra de la adjudicación del concurso a favor del hermano del Primer Teniente de Alcalde pese a que todo el grupo había acordado lo contrario. Además, expresó su disconformidad con dicha adjudicación, solicitando constara en acta su protesta y oposición.

Por esta razón, el grupo político municipal al que pertenecía adopta el acuerdo de expulsarlo del mismo.

Ante esta expulsión, el concejal recurre a la vía contencioso-administrativa. El órgano competente de la misma acuerda no admitir el recurso pues entiende que nos encontramos ante un acuerdo interno de un grupo político de un Ayuntamiento, sin naturaleza administrativa, sino civil, por su ajenidad al Derecho Administrativo y a las funciones y competencias propias de una corporación local. No se trata de una actuación pública municipal de un órgano administrativo, sino de una decisión interna de un grupo político que, si bien su constitución y funcionamiento se encuentran someramente regulados en el Capítulo II del Título Primero del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, el acto impugnado no trasciende de las relaciones jurídico-privadas de un grupo político municipal, al margen de sus competencias administrativas implícitas al funcionamiento de un Ayuntamiento.

Ante esta causa de inadmisión de su recurso el concejal expulsado entiende que se ha vulnerado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Desde el punto de vista del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) del municipio X, ¿son correctas las actuaciones llevadas a cabo con base en el mismo?

2. Comentar el ajuste a derecho o no de la adjudicación del concurso, en primer lugar, a una entidad mercantil entre cuyos socios están el Primer Teniente de Alcalde y su esposa; la actuación municipal anulando aquella adjudicación, y la definitiva adjudicación a favor de un hermano del Primer Teniente de Alcalde.

3. Respecto a la discrepancia entre el Ayuntamiento y la entidad mercantil sobre las plazas de garaje que han de ser cedidas en concreto, ¿quién tiene, jurídicamente, la razón de su parte?

4. ¿Es ajustado a derecho la no admisión del recurso contencioso-administrativo acordado por el órgano jurisdiccional de ese orden?

5. ¿Tiene razón el recurrente cuando afirma que por aquella inadmisión se ha vulnerado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva?

• **SOLUCIÓN:**

1. En relación a las actuaciones llevadas a cabo desde la perspectiva del PGOU del municipio X hay que significar lo que indica el relato de hechos en el sentido de que se había publicado el acuerdo de aprobación del mismo y, sólo, parcialmente, su contenido.

Teniendo en cuenta lo anterior debemos señalar que si las actuaciones llevadas a cabo en desarrollo del mismo, encuentran su fundamento en aquella parte del Plan no publicado, a menos que el Plan anterior contuviera idéntica regulación, aquéllas carecerán de validez alguna toda vez que no existe el presupuesto habilitante legal que las justifique.

La necesidad de publicar íntegramente el PGOU, para que el mismo adquiera eficacia, es una cuestión pacífica desde la nueva redacción que la Ley 34/1994, de 30 de diciembre, dio al artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, tal como la simple transcripción de ese precepto nos enseña. En efecto, el citado artículo dispone «los acuerdos que adopten las Corporaciones Locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley. Las Ordenanzas, incluidos el articulado de las Normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publican en el Boletín Oficial de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el art. 65.2 ...».

Por tanto, un plan general sin publicación total de su texto, como el caso que nos ocupa, es válido pero será ineficaz, no es posible ejecutarlo ni imponerlo a nadie. Jurídicamente es como si no existiera y, por lo tanto, no puede dar cobertura a ninguna actuación con fundamento en él.

2. Respecto al ajuste a derecho de las dos adjudicaciones y del modo de proceder del Ayuntamiento revisando de oficio la primera de aquéllas, distinguimos:

A) Adjudicaciones efectuadas.

El Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable al supuesto presente, aunque tenga el contrato un carácter patrimonial, en lo que se refiere a las prohibiciones para ser contratista, determina en su artículo 20 e) la prohibición para contratar con la Administración de las personas físicas o administradores de las personas jurídicas incursos «en algunos de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General». Dicha prohibición, continúa, alcanza «a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendiente de la persona a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal».

El artículo 178 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General considera incompatible con la condición de concejal a los contratistas y subcontratistas de contratos cuya financiación, total o par-

cial, corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. Desde un punto de vista subjetivo, esta incompatibilidad se extiende al Teniente de Alcalde por su condición de concejal, según resulta del artículo 196 de la propia Ley electoral, así como a su cónyuge y descendientes sujetos a patria potestad, por el citado artículo 20 e) del TRLCAP, pero no afecta a personas con otra relación de parentesco, como puede ser el hermano. Así lo ha declarado, en numerosas ocasiones, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informes 21/2000, de 6 de junio, 37/1998, de 16 de diciembre y 60/1996, de 18 de diciembre).

Además, la citada Junta Consultiva ha señalado que «ha de entenderse que la simple circunstancia de ser incompatible un administrador de la persona jurídica determina la prohibición de contratar de esta última» (Informe 29/2001, de 13 de noviembre). Ahora bien, si el socio no es administrador, no estaríamos en presencia de la prohibición de contratar del artículo 20 e).

En conclusión, la prohibición del artículo 178 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General no alcanza la participación accionarial en las sociedades contratistas, sino a los cargos electos individualmente, por lo que el hecho de que el Teniente de Alcalde o su esposa tengan acciones en la sociedad no es causa de incompatibilidad para contratar.

En relación con la posterior adjudicación al hermano del Primer Teniente de Alcalde es de significar que ninguna causa de incompatibilidad existe, aunque esta relación de parentesco obligará al Teniente de Alcalde a abstenerse de intervenir en el procedimiento de adjudicación o podrán ser recusados (arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

B) Actuación municipal anulando la primera adjudicación.

Como se puede deducir de lo indicado anteriormente, no fue ajustada a derecho, puesto que esa sociedad mercantil no estaba incurso en causa de prohibición por el hecho de que el Teniente de Alcalde y su esposa tuvieran acciones de la misma, al no ostentar ninguno de ellos la condición de administrador de la sociedad. Luego no existía, por este motivo, vicio de invalidez alguno en la citada adjudicación que justificara la puesta en marcha del procedimiento de revisión de oficio.

Pero hay más, el relato de hecho dice que se pone en marcha el procedimiento de revisión al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, esto es por vicio de nulidad del artículo 62 del mismo texto legal, cuando la realidad es que de haber existido el mismo, en principio, sería de anulabilidad del artículo 63, lo que exigiría para su revisión la declaración de lesividad para el interés público realizada por el Pleno (no por el Alcalde) y la posterior impugnación en vía contencioso-administrativa.

3. Respecto a quién tiene la razón, si Ayuntamiento o contratista, en relación a las plazas de garaje que habrían de cederse debemos señalar que parece clara la condición de bien de dominio público del vial bajo el que se construyeron esas plazas de garaje que por esta condición no admite un uso privativo sin tener otorgada la pertinente concesión [art. 62.1 a) del Rgto. de Bienes de Entidades Locales de 27 de mayo de 1955]; uso público de los bienes de esa naturaleza que impide el particular y privativo aunque esté afecto al subsuelo ya que la propiedad pública o privada comprende la superficie y lo que está debajo de ella según el artículo 350 del CC.

En el presente caso no se realiza una enajenación del subsuelo de la vía pública que habría requerido antes la tramitación del expediente previsto en el artículo 8.º del Reglamento de Bienes, sino

que lo que se enajena son unas parcelas concretas y determinadas pertenecientes al Ayuntamiento con la condición de bienes patrimoniales a cambio de que el adquirente de las mismas ceda la propiedad de 20 viviendas y 20 plazas de garaje. Luego la edificación tanto de las viviendas como de las plazas de garaje tan sólo podía realizarse sobre el suelo y subsuelo de esas citadas parcelas y nunca bajo la superficie de una vía peatonal existente entre ellas que tiene la condición de dominio público y que, por tanto, era inalienable mientras no se llevara a cabo la desafectación.

En conclusión, huelga toda polémica al respecto porque al sólo poder edificar sobre y bajo las referidas parcelas, el contratista debería entregar al Ayuntamiento las 20 plazas de garaje construidas bajo aquéllas.

4. En relación a la no admisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el concejal expulsado del grupo municipal, al considerarse que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no era el competente para conocer de esa cuestión al ser ajena al Derecho Administrativo, debemos resaltar lo siguiente:

A) El Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en sus artículos 23, 24 y 27, regula los grupos políticos en que se constituirían los miembros de las corporaciones locales a los efectos de su actuación corporativa e incluso se les reconoce una cierta organización administrativa. Así la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 8 de febrero de 1994, ha reconocido que las decisiones relativas a la admisión o expulsión de los miembros de los grupos políticos, a que se refiere el citado Real Decreto, tiene una dimensión pública y administrativa, susceptible de examinarse por esta jurisdicción.

B) Tratándose, en el caso que analizamos, de un acto relativo, estrictamente, a la expulsión de un concejal del grupo político al que pertenecía, por parte del propio grupo municipal, es claro, afirma la STS de 14 de mayo de 2002, que se dan todos los requisitos de identidad exigidos para aplicar el principio de igualdad y de unidad de doctrina respecto a la citada Sentencia de 8 de febrero de 1994. Por otro lado, se ha de significar que dado que los concejales se han de constituir en grupos políticos para su actuación corporativa, y que los citados grupos aparecen regulados en su organización más esencial en el Real Decreto 2568/1986 citado, es claro que las decisiones de tales grupos no se puede entender que no trasciendan de las relaciones jurídico-privadas pues, entre otras, la decisión de expulsión de un grupo priva al concejal de participar en el mismo, altera el grupo y tiene, por tanto, trascendencia para él y para los demás, al no poder intervenir el miembro expulsado y, por otro lado, al estar regulados los grupos políticos, en que se han de constituir los concejales para su actuación corporativa, en el Reglamento antes citado, es claro que las decisiones de tales grupos sobre la expulsión de alguno de sus concejales, tiene una dimensión jurídico-pública, suficiente para justificar su revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y excluir la del orden civil, al no tratarse de la expulsión de un miembro del partido por parte de los órganos competentes de aquél, que sí es revisable ante la jurisdicción civil.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 5/1985 (General Electoral), art. 178.**
- **Ley 7/1985 (LBRL), art. 70.2.**

-
-
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 28, 29, 63 y 103.**
 - **RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), art. 20 e)**
 - **RD 1372/1986 (Rgto. de Bienes de las Entidades Locales), arts. 8.º y 62.**
 - **RD 2568/1986 (Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), arts. 23, 24 y 27.**
 - **SSTS de 8 de febrero de 1994 y 14 de mayo de 2002.**
 - **Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 60/1996, de 18 de diciembre; 37/1998, de 16 de diciembre; 21/2000, de 6 de junio y 29/2001, de 13 de noviembre.**