

La Administración local y contratos menores. Subvenciones públicas

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

<https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

El ayuntamiento de XXX, de 3.100 habitantes, en concreto su alcaldesa, acuerda el día 22 de abril celebrar dos contratos menores, cada uno con un valor estimado de 39.999 euros, para que se realicen unas perforaciones y sondeos en dos lugares distintos de un parque público, dada la pertinaz sequía que viene soportando el país en general y, en particular, el municipio citado. Una de las perforaciones se realizará en la parte este y la otra en la parte oeste. El colegio de arquitectos de la provincia decide recurrir, el día 24 junio, dicho acuerdo mediante el oportuno recurso contencioso-administrativo, toda vez que cree no ajustado a derecho lo que ha acordado la alcaldesa. A la adjudicataria de los dos contratos menores, que fue la misma empresa, Alvarado, SRL, que había realizado contratos similares con el ayuntamiento con anterioridad, cuyo socio y administrador único era un hijo de la alcaldesa, le fue exigida una garantía provisional por cada uno de los contratos menores.

Por otra parte, la corporación recibió, en su día, una subvención de la comunidad autónoma por importe de 20.000 euros para proceder a impartir unos cursos de formación para jardinería y cuidado de parque públicos. En el oportuno convenio llevado a cabo entre las dos Administraciones se pactó que la Administración concedente ostentaría, junto con la Administración beneficiaria, competencias de ejecución sobre la materia objeto del convenio.

Al cabo de los dos años desde la concesión de la subvención, la comunidad autónoma que efectuó la misma constató que el ayuntamiento incurrió en un fraude, al falsear la documentación exigible en el otorgamiento de aquella y, además, al destinar la cantidad recibida a otros usos, entre ellos, fines particulares de la alcaldesa.

En otro orden de cuestiones, la alcaldesa, dada la situación de deterioro económico que se está produciendo en los vecinos de la localidad como consecuencia de la paralización de toda actividad económica y laboral, debido al coronavirus, solicita informe a la secretaría sobre si puede el ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a

las personas físicas empadronadas en el municipio y si se podría articular mediante un sistema de subvenciones.

Cuestiones planteadas:

1. La clasificación, naturaleza y categoría del contrato. Indique las características de los contratos menores.
2. Indiqué de forma razonada cómo deberá resolverse el recurso planteado por el colegio de arquitectos de la provincia, si con su no admisión o admisión. Si el recurso fuese estimado, ¿cómo debería actuar la alcaldesa para hacer las perforaciones? Indique cuál es la exigencia de publicidad requerida por la ley para la contratación de las perforaciones si se tramitaran como contratos menores. ¿Podría haberse utilizado, en este caso, el procedimiento con negociación sin publicidad?
3. Analice la viabilidad jurídica de la garantía provisional exigida.
4. Analice los posibles vicios del contrato desde la perspectiva de su elemento subjetivo. ¿La ausencia de prohibición de contratar es requisito de validez del contrato menor?
5. ¿Era posible que se adjudicara a la misma empresa, con independencia de si, en este caso, reunía los requisitos de capacidad, solvencia, etc. si el contrato fuera único, pero dividido en lotes?
6. Determine si el contratista vendría obligado a constituir garantía definitiva en los dos contratos menores.
7. ¿El convenio celebrado entre la comunidad autónoma y el ayuntamiento se someterá a la Ley 38/2003, general de subvenciones?
8. ¿En qué responsabilidades puede incurrir la entidad local, y en su caso los intervinientes, al resultar implicada en un fraude de subvenciones? Efectos sobre el convenio.
9. ¿Puede un ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a las personas físicas empadronadas en el municipio? ¿Se podría articular mediante un sistema de subvenciones?
10. Respecto a la moción presentada:
 - a) ¿Debe ser tratada como moción o bajo otra modalidad?
 - b) ¿El asunto debe ser objeto de acuerdo plenario o más bien se trata de un ruego, de un asunto competencia de la alcaldía?
 - c) Debe o puede procederse a la publicación en la web municipal de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el pleno.

Solución

1. La clasificación, naturaleza y categoría del contrato. Indique las características de los contratos menores.

Legislación aplicable: Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP).

Fundamentos jurídicos

Cada uno de los contratos es un contrato de obras (art. 13 LCSP).

La categoría se recoge en el número 45.12 del anexo I, «perforaciones y sondeos», que incluye las perforaciones, sondeos y muestreos con fines de construcción, geológicos u otros, no SARA (es contrato de obras celebrado por poder adjudicador –en concreto, AP– pero no supera el umbral de 5.350.000 euros) y administrativo (el municipio es AP por ser entidad local).

Es el artículo 118 de la LCSP el que se refiere a este tipo de contratos, del que destacamos:

- Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras.
- En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación, justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto, con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.
- Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan.
- En el contrato menor de obras deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.
- La Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, da por sentado que resulta obligatoria la exigencia de tres presupuestos, cualquiera que sea la cuantía del contrato, para la adjudicación directa mediante el contrato menor.

La Ley 9/2017 establece un nuevo sistema de gobernanza con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de contratación pública, y en este sistema ocupa un

lugar fundamental la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), órgano colegiado creado con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional.

Por parte de la doctrina administrativista se ha defendido que esa es una función reguladora y que, en consecuencia, tales instrucciones son de obligado cumplimiento por parte de todas las entidades del sector público, sea estatal, autonómico o local, pero, excepcionalmente, hay autores que no lo creen así en el ámbito autonómico y local.

2. Indiqué de forma razonada cómo deberá resolverse el recurso planteado por el colegio de arquitectos de la provincia, si con su no admisión o admisión. Si el recurso fuese estimado, ¿cómo debería actuar la alcaldesa para hacer las perforaciones? Indique cuál es la exigencia de publicidad requerida por la ley para la contratación de las perforaciones si se tramitaran como contratos menores. ¿Podría haberse utilizado, en este caso, el procedimiento con negociación sin publicidad?

Legislación aplicable: Constitución, Ley 7/1985 (LRBRL), Ley 29/1998 (LJCA), Ley 39/2015 y Ley 9/2017 (LCSP).

A) ¿Indiqué de forma razonada cómo deberá resolverse el recurso planteado por el colegio de arquitectos de la provincia, si con su no admisión o admisión, estimación, en su caso, o desestimación?

Fundamentos jurídicos

Como el acto de la alcaldesa pone fin a la vía administrativa, conforme al artículo 52 de la Ley 7/1985, el recurso procedente sería, o bien el potestativo de reposición, en un mes desde la publicación (art. 124 Ley 39/2015), y desestimado este recurso, contencioso-administrativo, en dos meses desde la notificación (art. 46.1 LJCA), ante el juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente, o bien, directamente, el recurso contencioso-administrativo, que es el que ha interpuesto el colegio de arquitectos.

Respecto a la admisión o no del recurso, dos son las cuestiones que se deben examinar:

- a) En primer lugar, la legitimación del colegio de arquitectos de la provincia para recurrir. En este sentido, es reiterada la doctrina jurisprudencial que entiende que el derecho a recurrir forma parte del artículo 24 de la CE en cuanto derecho a la tutela judicial efectiva, y esa doctrina se inclina por una interpretación amplia respecto a la legiti-

mación para recurrir, en el sentido de que basta el mero interés como fundamento de la legitimación. No cabe duda de que, tratándose de contratos de obras, existe la posibilidad de que el colegio de arquitectos, con independencia de su legislación específica, deba intervenir en las licencias oportunas mediante el correspondiente proyecto técnico o instrumento similar, dependiendo de las circunstancias concretas de las obras. Por tanto, la de afirmarse la legitimación para recurrir.

- b) En segundo lugar, nos planteamos si el recurso está presentado en plazo o no, toda vez que el acuerdo de la alcaldesa fue de 22 abril y el recurso se plantea el día 24 junio, es decir, transcurridos los dos meses que existían para recurrir según el artículo 46 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero debemos tener en cuenta que el plazo que ha de tenerse en cuenta no es el momento en que la alcaldesa adopta el acuerdo de celebrar el contrato, sino que como aquí no existía obligación de notificación alguna, el momento a tener en cuenta es el de la publicidad del citado acuerdo. En este sentido, el artículo 196 del ROF obliga a la publicación de los acuerdos resolutorios, al menos en el tablón de edictos del ayuntamiento o en el BOP o el BOCAM, en su caso. Por tanto, dependería del momento de esa publicación que marcaba el inicio del cómputo del plazo de los dos meses para recurrir.
- c) En cuanto a su estimación o no, parece que debe ser estimado con base en que se trata de actos nulos de pleno derecho, a tenor de lo establecido en el artículo 47 e) de la Ley 39/2015, LPAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y por las razones que en la siguiente cuestión indicamos.

Conclusión

El colegio de arquitectos estaba legitimado para recurrir el acuerdo, y respecto a su extemporaneidad o no, habría que examinar el día en que se publicó el acuerdo, porque el plazo de dos meses establecido en el artículo 46 de la LJCA empieza a computarse para él, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 39/2015, a partir del día siguiente, en este caso, a la publicación del acuerdo, extremo que no consta en el relato de hechos.

De estar en plazo, el recurso deberá ser estimado.

- B) Si el recurso fuese estimado, ¿cómo debería actuar la alcaldesa para hacer las perforaciones?

Fundamentos jurídicos

Respecto al fondo de la cuestión, parece que no es correcto, en este caso, utilizar dos contratos menores, por la sencilla razón de que los mismos serían independientes y la cuantía sería distinta, pudiéndose eludir reglas del procedimiento de adjudicación, ya que

el contrato menor permite la adjudicación directa, evitándose, por tanto, reglas de publicidad y concurrencia.

Lo que se podría haber dispuesto es un único contrato con el fraccionamiento de su objeto, de acuerdo con el artículo 99 de la LCSP, pues, si bien, de acuerdo con el apartado 2 de dicho precepto, el objeto no podrá fraccionarse con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, el apartado 3 de dicho precepto señala que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta (contratos reservados).

Y, en principio, no parece que en este caso concurran algunas de las prohibiciones de dicho precepto para la división en lotes. Todo lo contrario, porque se trata de obras de sondeos, uno en la linde este y el otro en la oeste, o sea, en dos lugares separados.

En este caso, los dos contratos son menores y los dos sondeos cumplen las características, pues su realización es independiente (al este y al oeste del parque) y su utilidad también (podemos suponer que cada uno de los sondeos trata de buscar agua para posteriormente abastecer con ella a cada uno de los lados del parque).

Conclusión

La alcaldesa debería haber realizado un único contrato con fraccionamiento de su objeto –las obras– en dos partes.

C) Indique cuál es la exigencia de publicidad requerida por la ley para la contratación de las perforaciones en el caso de que se tramitaran como menores.

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos jurídicos

Tenemos que indicar que nada se dice en el artículo 118 de la LCSP sobre una hipotética publicidad, ni sobre una concurrencia limitada a practicar tres invitaciones a empresas.

En cuanto a las dudas que provoca la Instrucción 1/2019 respecto a su obligatoriedad se entiende que:

A tenor del artículo 332.7 d) *in fine*, de la LCSP, «las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado». Además, dicha Instrucción 1/2019

nada nuevo aporta en materia del contrato menor, salvo en la exigencia de tres invitaciones a empresas, con independencia de su cuantía. Si bien, parece que tal obligación ni viene impuesta por el artículo 118 de la LCSP, ni por el artículo 131.

Respecto a la publicidad de estos dos contratos menores es muy importante resaltar lo que dice el artículo 99.6 de la LCSP, que señala que cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101 (valor estimado del contrato), salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2 (se refieren a los contratos sujetos a SARA, que no es nuestro caso).

De manera que la publicidad que hay que respetar en este caso es como si el valor estimado fuera de 79.998 euros.

Podemos distinguir:

- a) El anuncio de información previa, previsto en el artículo 134.1 de la LCSP, con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar en el plazo a que se refiere el apartado 5 del presente artículo, no es aplicable a este caso.
- b) El artículo 63 de la LCSP alude al perfil del contratante señalando lo siguiente:
 1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca.
- c) En este caso la suma de los lotes es de 79.998 euros, valor muy alejado del umbral de los contratos de obras SARA, luego no se aplicarían las normas SARA para cada lote, pero se aplicarían las no SARA. Por tanto, afirmamos que la tramitación de los contratos como si fuesen menores es errónea: es correcta la división del contrato en dos lotes y la consiguiente tramitación de dos contratos; pero ambos deberán regirse en cuanto a su publicidad y adjudicación como si fuesen un único contrato de 79.998 euros. Dado que la entidad contratante es una AP y las normas de aplicación son las de contratos no SARA, la publicidad de la licitación consistiría en la publicación en el BOE o en el BOJA o el BOP, dado que la entidad contratante es local. Además, habrá que publicar la licitación en el perfil del contratante (art. 126 LCSP).

También es importante destacar lo dispuesto en el número 7 del artículo 99 de la LCSP, en el sentido de que, en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

Conclusión

Será exigida la publicidad propia de los contratos no menores ni sujetos a SARA, descrita con anterioridad.

D) ¿Podría haberse utilizado un procedimiento con negociación sin publicidad.

Fundamentos jurídicos

Según el artículo 168, se puede utilizar esta procedimiento:

e) En los contratos de obras y de servicios, además, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial. En el proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados estos.

En el relato de hechos, tan solo se afirma que la empresa adjudicataria había realizado con anterioridad contratos similares, pero ignoramos si se cumple el resto de los requisitos señalados en el artículo 168 e) de la LCSP.

Conclusión

Solo será posible la utilización del procedimiento con negociación sin publicidad si se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 168 e) de la LCSP.

3. Analice la viabilidad jurídica de la garantía provisional exigida.

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos de derecho

No es ajustada a derecho por varias razones:

- El artículo 106.1 de la LCSP, que se refiere a la exigencia y régimen de la garantía provisional, señala que en el procedimiento de contratación no procederá la exigencia de garantía provisional, salvo cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente. Por tanto, la regla general es la no exigencia. En nuestro caso no se justifica.
- Dice el mismo precepto que se podrá exigir a los licitadores la constitución previa de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato. Recordamos que aquí no hay oferta alguna, luego no existe el fundamento de esta garantía, porque se adjudica directamente, eso sí, previa consulta a otros tres licitadores.

Conclusión

La exigencia de esta garantía provisional no es ajustada a derecho y es vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, LPAC.

4. Analice los posibles vicios del contrato desde la perspectiva de su elemento subjetivo. ¿La ausencia de prohibición de contratar es requisito de validez del contrato menor?

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos de derecho

Los elementos subjetivos del contrato son, teniendo en cuenta los artículos 67 y siguientes de la LCSP, la capacidad de contratar (contratante: competencia; contratista: capacidad de obrar), la solvencia y la idoneidad del contratista o el no estar incurso en prohibición de contratar.

No era precisa la clasificación del contratista conforme al artículo 77.1 a) de la LCSP por ser su valor estimado inferior a 500.000 euros.

El ente contratante (municipio de 3.200 habitantes, no es un municipio de gran población [art. 121 LBRL]) ha contratado a través de la alcaldesa, siendo esta competente para contratar, por ser el presidente de la entidad local en cuestión y cumplirse los requisitos para ello exigidos en la disposición adicional segunda de la LCSP (contrato de valor inferior al 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto –en concreto, cada contrato representa

el 0,628 % de tales recursos ordinarios de 17.500.000 euros-, y que no superen, en cualquier caso, los 6 millones de euros). El contratista es una empresa privada, Z, SA, que tiene capacidad de obrar en cuanto que es una persona jurídica, y conforme al artículo 66.1 las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

La solvencia se entiende que existe y está acreditada, pues no se da dato alguno en contrario.

La idoneidad del contratista necesita una mayor explicación. De entre las prohibiciones de contratar, la que podría aplicarse es la del artículo 71.1 g), es decir, no poder el contratista contratar con el sector público por estar incurso «en alguno de los supuestos de [...] la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma».

En este caso, el hijo del alcalde no incurre en incompatibilidad, pues la ley ni siquiera se le aplica. Pero hay que tener en cuenta que el alcalde sí que incurre en incompatibilidad por aplicación de la LOREG, en concreto en su artículo 178 la dispone para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependiente. Y, según el último apartado del artículo 71.1 «la prohibición se extiende a [...] descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores».

Por eso, aunque se trate de un contrato menor, que tiene las especialidades que marca la ley, se le aplica las causas de prohibición de ser contratista, previstas en el artículo 71 de la LCSP.

Conclusión

Esta adjudicación es nula de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el 39 de la LCSP, al estar incurso en causa de prohibición para ser contratista, procediendo su revisión de oficio por el órgano de contratación (art. 41 LCSP) por el procedimiento del artículo 106 de la LPAC.

5. ¿Era posible que se adjudicara a la misma empresa, con independencia de si en este caso reunía los requisitos de capacidad, solvencia, etc., si el contrato fuera único, pero dividido en lotes?

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos de derecho

El artículo 99.5 de la LCSP señala que

cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador [luego lo permite], aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.
- b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.
- c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.
- d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.

Ahora bien, suponemos que en el caso que analizamos en que se trata de dos lotes exclusivamente, y teniendo en cuenta que ha de tenerse como referencia el presupuesto total de las obras y no de cada una de ella, a efectos de publicidad y procedimiento, en principio parecería absurdo, pero no cabe duda de que podrían existir otros contratistas dispuestos a adjudicarse un solo lote o los dos, por tanto, puede darse esta posibilidad que ha ocurrido en nuestro caso, es decir, que en el trámite de consultas las soluciones que ofrece la empresa adjudicataria para las dos obras sea la que más le convence.

Conclusión

Sería posible la adjudicación al mismo licitador si concurren los requisitos expuestos anteriormente.

6. Determine si el contratista vendría obligado a constituir garantía definitiva en los dos contratos menores.

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos jurídicos

La garantía definitiva, por regla general, es de obligada constitución. Sin embargo, en razón de las circunstancias (no tipificadas por la ley), el órgano de contratación puede, mo-

tivamente, exonerar al contratista de la obligación de constituir la garantía definitiva, lo cual suele ocurrir en los contratos menores.

Dado que estamos ante dos contratos menores de obras, el contratista estará obligado a constituir garantía definitiva. Según la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 12/2002, no es obligatoria la constitución de garantía definitiva en los contratos menores.

La JCCA entiende que en los contratos menores no resulta requisito exigible la constitución de garantías definitivas [...]. En primer lugar por la propia naturaleza y significado de los contratos menores incorporados al artículo 56 de la LCAP (Art. 111 TRLCSP) el cual establece que en los contratos menores que se definirán exclusivamente por su cuantía de conformidad con los artículos 121, 176 y 201, la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente exigidos, conteniendo una prevención específica para los contratos menores de obras [...]. En segundo lugar, hay que aludir a la situación comparativamente injusta e injustificada, en relación con otros tipos de contratos y procedimientos de adjudicación (carácter facultativo de la garantía definitiva en los contratos privados y, según el 107.1, posibilidad de dispensa atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares).

Resultaría un contrasentido el que en contratos de significado jurídico y económico más trascendentales que los de los contratos menores quedara abierta la posibilidad de dispensa de la garantía definitiva y no en los propios contratos menores.

Además el artículo 107.1 de la Ley 9/2017, referente a la exigencia de la garantía definitiva señala que

a salvo de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los licitadores que, en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas, presenten las mejores ofertas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del precio final ofertado por aquellos, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Luego para la existencia de la garantía definitiva parece exigir la existencia de licitadores y ofertas.

Conclusión

Por las razones apuntadas no parece que la adjudicataria deba prestar garantía definitiva.

7. ¿El convenio celebrado entre la comunidad autónoma y el ayuntamiento se someterá a la Ley 38/2003, general de subvenciones?

Legislación aplicable: Ley 38/2003 (LGS), Ley 40/2015 (LRJSP) y RD 887/2006 (Reglamento de la LGS).

Fundamentos jurídicos

Señala el artículo 2.3 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones que

en particular, será de aplicación la Ley General de Subvenciones y el presente Reglamento a:

a) Los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas, en los que únicamente la Administración Pública beneficiaria ostenta competencias propias de ejecución sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración Pública concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra u otras partes del convenio, con la finalidad de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre dentro del ámbito de las competencias propias de la Administración Pública destinataria de los fondos.

No obstante, constituyen una excepción a lo señalado en el párrafo anterior las aportaciones dinerarias que tengan por objeto financiar actividades cuya realización obligatoria por el beneficiario de la subvención venga impuesta por una ley estatal o autonómica, según cual sea la Administración Pública concedente.

Por tanto, a la vista del precepto citado no se regirá este convenio interadministrativo por la legislación sobre subvenciones, sino que le será aplicable el régimen general de los convenios regulados en el capítulo VI, arts. 47 a 53 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, en cuanto al tipo de convenio, requisitos de validez y eficacia, contenido, trámites preceptivos, efectos, extinción y efectos de la causa de resolución.

Conclusión

No resulta de aplicación la normativa sobre subvenciones al convenio celebrado sino la Ley 40/2015, LRJSP.

8. ¿En qué responsabilidades puede incurrir la entidad local, y en su caso los intervinientes, al resultar implicada en un fraude de subvenciones? Efectos sobre el convenio.

Legislación aplicable: Código Penal, Ley 7/1988 (funcionamiento del Tribunal de Cuentas) y Ley 40/2015.

Fundamentos jurídicos

a) Responsabilidad penal.

Las entidades locales, al igual que el resto de las Administraciones públicas, resultan inimputables penalmente, según el artículo 31 quinquies del Código Penal, como tales, pero sí puede exigirse la responsabilidad penal individual de los que intervinieron en la falsedad documental y apropiación de parte de la cantidad o, en su caso, la responsabilidad disciplinaria.

b) Responsabilidades patrimoniales:

- Devolución de lo recibido en concepto de subvención.
- Procedimiento de responsabilidad contable, en su caso, previsto en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. En este sentido, en el artículo 49 de la Ley 7/1988 de funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece que:

La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Solo conocerá de las responsabilidades subsidiarias cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable.

- Responsabilidad disciplinaria de funcionarios públicos, en su caso, compatible con la contable, en su caso.

En cuanto a los efectos sobre el convenio celebrado:

- Artículo 51.2 c) de la Ley 40/2015: Es causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.
- Artículo 52.2, tendrá lugar, teóricamente, la liquidación del convenio. En este caso, será la devolución total de lo percibido con los intereses correspondientes, sin perjuicio de otras responsabilidades antes indicadas.

Conclusión

Con respecto a las responsabilidades exigibles podrían ser la penal, del o de los culpables, disciplinaria, en su caso, y contable.

Con respecto al convenio, es causa de resolución del mismo y se entraría en la fase de liquidación del mismo.

9. ¿Puede un ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a las personas físicas empadronadas en el municipio? ¿Se podría articular mediante un sistema de subvenciones?

Legislación aplicable: Constitución, Ley 38/2003 (LGS), RDL 2/2004 (TRLHL) y Ley 58/2003 (LGT).

Fundamentos jurídicos

Tal y como dispone el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones:

Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

La medida que se pretende no encaja en el concepto de subvención, por no suponer una disposición dineraria, ya que el incentivo consiste en una minoración de los tributos a las personas físicas empadronadas en el municipio.

La medida que pretende el ayuntamiento es, sin duda alguna, la de conceder un beneficio fiscal a las personas físicas empadronadas en el municipio.

En relación con los beneficios fiscales, debemos tener presente el artículo 9.1 del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales:

No podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales.

No obstante, también podrán reconocerse los beneficios fiscales que las entidades locales establezcan en sus ordenanzas fiscales en los supuestos expresamente previstos por la ley.

En este mismo sentido, el artículo 8 d) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, establece que se regulará en todo caso por ley «el establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

Vemos, pues, como para que una ordenanza fiscal municipal establezca beneficios fiscales en sus tributos, debe estar previamente habilitada tal posibilidad por una norma con rango legal.

El empadronamiento en el municipio no puede fundamentar una discriminación en materia tributaria que atentaría al principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

Conclusión

Por las razones apuntadas, no puede el ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a las personas físicas empadronadas en el municipio, ni se podría articular mediante un sistema de subvenciones.

10. Respecto a la moción presentada:

- a) ¿Debe ser tratada como moción o bajo otra modalidad?
- b) ¿El asunto debe ser objeto de acuerdo plenario, o más bien se trata de un ruego, de un asunto competencia de la alcaldía?
- c) Debe o puede procederse a la publicación en la web municipal de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el pleno.

Legislación aplicable: Ley 7/1985 (LRBRL), LO 3/2018 (LPRGDG) y RD 2568/1986 (ROF).

Fundamentos jurídicos

a) *Diferencia entre moción, proposición y dictamen.*

Antes de nada, es preciso distinguir entre moción y proposición. Una moción es una propuesta que se califica como tal (como moción) por el momento procedimental en el que

se trata por el pleno. En una sesión ordinaria, si esta «propuesta» se trata sin estar incluida en el orden del día, por el trámite de urgencia, sin, por tanto, el dictamen de la comisión informativa, antes de pasar el turno de ruegos y preguntas, se llamará moción, sea cual sea el nombre que se le haya dado al documento.

En cambio, si se le ha dado el nombre de moción (algo muy habitual por los grupos municipales) y no ha sido dictaminada por la comisión informativa, pero se ha incluido en el orden del día de una sesión extraordinaria u ordinaria, estamos ante una proposición del artículo 97.3 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Por último, aunque se le haya llamado moción, si la «propuesta» fue dictaminada por la comisión informativa y se ha incluido en el orden del día de una sesión extraordinaria u ordinaria, estamos ante un dictamen.

El artículo 46.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), señala en su apartado e): «En los plenos ordinarios la parte dedicada al control de los demás órganos de la Corporación deberá presentar sustantividad propia y diferenciadora de la parte resolutive, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones». Así, en los plenos ordinarios habrá que distinguir la parte resolutive de la que no lo sea; y dentro de esta última se incluirán, no solo los ruegos y preguntas, sino también las mociones.

Sin embargo, estas mociones a las que se refiere el apartado e) del artículo 46.2 de la LRBRL no son las mismas que las del artículo 97.3 del ROF. Se trataría de unas mociones planteadas en el seno de la parte de control del grupo de gobierno, no en la parte resolutive de la sesión, por lo que no darían lugar a acuerdos resolutive como tales.

Este tipo de «mociones», bastante habituales, que implican un hacer del ayuntamiento, pero que no crean ni afectan a derechos subjetivos, deberían ser tratadas como ruegos.

Habrán ocasiones en que sus límites sean difusos, por lo que habrá que estar a su contenido y a la propuesta de acuerdo que contenga, lo que determinará que unas veces se califique como moción no resolutive del artículo 46.2 de la LRBRL y otras como ruego.

b) ¿Debe ser tratada como moción o bajo otra modalidad?

La «moción» en cuestión debe ser encuadrada como ruego. El «ruego», de acuerdo con lo señalado en el artículo 46.2 de la LRBRL, en relación con los artículos 97 y 82.2 del ROF, es la formulación de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal por parte de los concejales o de los grupos políticos. Con el ruego se

trata de exponer alguna cuestión, generalmente de escasa entidad, con el fin de que sea tomada en consideración por el grupo de gobierno y se proceda a atenderla por el servicio municipal correspondiente.

c) *¿El asunto debe ser objeto de acuerdo plenario, o más bien se trata de un ruego, de un asunto competencia de la alcaldía?*

Del contenido de la cuestión planteada parece que se trataría de dirigir cuestiones de funcionamiento administrativo y de impulso del procedimiento. Esta competencia no es propia del pleno de la corporación, sino que, de acuerdo con el apartado a) del artículo 21.1 –«dirigir el gobierno y la administración municipal», no delegable, por cierto– y con el apartado d) del mismo precepto –«dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales»–, esta competencia se residencia en la alcaldía. Este impulso de los procedimientos administrativos suele delegarse en los concejales delegados, que mediante la fórmula de instrucciones o circulares internas (que en ocasiones revisten la forma de resoluciones) adoptan las medidas que consideran oportunas de impulso de los procedimientos en los servicios administrativos correspondientes. Por tanto, creemos que el asunto consultado debería incluirse como un ruego dirigido al órgano de gobierno a quien corresponda la competencia en la materia (alcalde o concejales delegados), pero teniendo en cuenta que los ruegos no dan lugar a la adopción de acuerdos.

Por tanto, no deben confundirse las competencias que corresponden al ayuntamiento como Administración pública con las que competen a cada uno de los órganos de aquel. Además, habrá de respetarse la distribución competencial entre los distintos órganos municipales. Por ello, no deberían incluirse en el orden del día del pleno propuestas de acuerdo que excedieran de su ámbito competencial. Solo las cuestiones que sean de la competencia del pleno deberían ser materia de examen y decisión por parte de este. Por eso, como al alcalde le corresponde la fijación del orden del día, podría denegar la inclusión de propuestas como la planteada en la «moción» objeto de consulta, invocando razones de legalidad, entre otras, por no ser el pleno el órgano municipal competente para la adopción del acuerdo (SSTS de 16 de diciembre de 1986 (ponente: Ruiz Sánchez) y de 14 de septiembre de 2001 (EC 3711/2001) y del TSJ de Cataluña de 10 de enero de 2002 (EC 3242/2002)).

En todo caso, creemos que el contenido de la «moción» planteada en este caso se trata de una cuestión de carácter doméstico que no es competencia del pleno; que en la sesión plenaria debía ser tratado como un ruego. Para dar cumplimiento al ruego, bastaría con una instrucción de carácter interno o una circular del alcalde o concejal delegado, incluso mediante resolución, que sí son los órganos competentes para ello.

d) *Debe o puede procederse a la publicación en la web municipal de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el pleno.*

Aunque la regla general es que las sesiones del pleno son públicas (art. 70.1 LRBRL y art. 88 ROF), de ahí a que se publiquen en la web municipal todos los trámites de los asuntos que haya tratado el pleno municipal media una distancia considerable.

Desde luego la «moción» presentada en este caso va mucho más allá de los mandatos contenidos en el artículo 70.2 de la LRBRL y en los artículos 196, 197, 229 y 234 del ROF, que de una u otra forma contienen normas sobre publicación y publicidad de los acuerdos plenarios.

Ciertamente, habrá asuntos competencia de pleno en que la publicación en la web municipal del trámite en que se encuentra no añade nada nuevo al asunto, sino que incluso mejora el acceso de los ciudadanos mediante la utilización de nuevas tecnologías a la información municipal. Pensando en asuntos como la aprobación del plan general, de una ordenanza, del presupuesto, de las obras incluidas en los planes provinciales, etc., ningún obstáculo vemos a que el estado de tramitación del asunto plenario se inserte en la web municipal. Cuestión distinta será la carga de trabajo que ello suponga y los medios personales y materiales (además de tecnológicos) con que cuenta el ayuntamiento para dar cumplimiento a ese mandato.

Distinto será cuando el asunto tratado en el pleno pueda afectar a derechos subjetivos de particulares. Pensemos, por ejemplo, en una declaración de lesividad de un acuerdo del pleno, en el ejercicio de acciones judiciales en asuntos de competencia plenaria con terceros afectados, expedientes de expropiación, una declaración de compatibilidad de funcionario o un expediente disciplinario donde se proponga la separación del servicio. En estos casos, probablemente, deban conjugarse los derechos y valores que protege la normativa sobre protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 3/2018), con la intención del grupo municipal autor de la «moción» de cumplir con el principio de transparencia administrativa. En casos de derechos subjetivos directamente afectados por el acuerdo plenario, cuyos trámites pretenden colgarse en la web, lo razonable sería (siempre que el ayuntamiento cuente con los medios tecnológicos para ello) que el interesado, mediante una clave y una firma electrónica, pueda acceder a conocer el estado de tramitación del asunto en la parte que a él, y solo a él, le afecta. Del mismo modo, podría conocer el estado de tramitación de cualquier expediente con él relacionado; siempre que la red o la intranet municipal esté conectada con la web municipal y mediante una firma electrónica permita el acceso a esa información.

En esa línea parecen ir las normas que recientemente han aparecido para permitir el acceso del ciudadano a la Administración (Ley 19/2013, de transparencia, acceso de los ciudadanos a la información pública y buen gobierno) a través del portal de transparencia o instrumento similar del ayuntamiento, y las reglas de publicidad activa y pasiva se concreta en el objetivo de la ley, ahora bien, pretender «la publicación en la web municipal –accesibles para todos– de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el Pleno», es decir, no solo de los acuerdos, sino de todo, puede

mostrar datos personales susceptibles de protección conforme a la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, salvo que se dé un supuesto permitido por dicha ley.

Por todo ello, con carácter general, no procede lo que se solicita.

No olvidar que los que formulan la moción son concejales y que ellos tienen garantizado el acceso a la información en los términos del artículo 77 de la Ley 7/1985 y 14 y 15 del ROF.

Conclusión

- a) Son diferentes la moción, la proposición y el dictamen por el momento y fin en que se plantean.
- b) Lo planteado en este caso debe ser tratado como un ruego.
- c) Es competencia del alcalde y no del pleno.
- d) No parece aconsejable la publicación en la web municipal lo pedido, porque podría vulnerar la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos de carácter personal y garantía de derechos digitales.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14 y 24.
- Código Penal, art. 31 quinque.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, arts. 21, 22, 52, 71, 107 y 121.
- Ley 7/1988, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, art. 49.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, art. 46.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, art. 2.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, arts. 47, 48 y 124.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, arts. 47 a 53.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, arts. 7, 13, 17, 20, 21, 22, 39, 41, 46, 63, 71, 99, 101, 107, 118, 134, 126 y 168.
- Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, art. 9.

- Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, reglamento de la Ley de Subvenciones, art. 2.
- STS, Sala 3.ª, de 16 de diciembre de 1986 y de 14 de septiembre de 2001.
- STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2002.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 12/2002.
- Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.