

Proyecto de obras en un contrato menor administrativo. Compatibilidad de concejales

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.- (España)*

juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Primero. El Ayuntamiento de Las Fuentes, de 15.500 habitantes, se encuentra tramitando un contrato menor para el reasfaltado de un camino del municipio, pero a la hora de finalizar su tramitación administrativa ha surgido una duda sobre la interpretación del artículo 118.4 de la LCSP:

4. 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 oficina técnica del ayuntamiento ignora qué normas han de tenerse en cuenta para que pueda establecer la necesidad de contar con proyecto o no.

Por todo ello se solicita una aclaración sobre los extremos a los que afecta el citado artículo, y si en caso de no ser necesario proyecto el contrato puede adjudicarse directamente con presupuesto que cumpla el artículo 101 de las LCSP, al tratarse de un contrato menor.

Por su parte el artículo 235 de la LCSP establece la necesidad de emitir informe:

Antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de aplicación para cada tipo de proyecto. La res-

ponsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 233 de la presente Ley. En los proyectos de presupuesto base de licitación inferior al señalado, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo.

Al respecto de este artículo la oficina técnica del ayuntamiento considera que la inmensa mayoría de las obras tienen condicionantes que pueden afectar a la estabilidad, seguridad o estanqueidad, por lo que este artículo no sería facultativo sino preceptivo. Además, se solicita aclaración sobre si la estabilidad, seguridad o estanqueidad es únicamente durante el proceso constructivo o durante la vida útil de la obra realizada.

Por todo ello se formula por el alcalde a la secretaría del ayuntamiento las siguientes cuestiones:

1. Si el artículo 118.4, cuando se refiere a las disposiciones vigentes, se refiere a la necesidad de contar con proyecto, ¿qué normativa habrá que examinar para saber esa «necesidad»? En aquellos casos en los que la legislación vigente no establezca la necesidad de emitir proyecto si puede ser adjudicado únicamente con un presupuesto.
2. Partiendo de la base de que todas las obras tienen afección respecto estabilidad, seguridad o estanqueidad, ya sea en el proceso constructivo, ya sea en prevención de riesgos laborales, se solicita aclaración sobre el motivo por el que se fija la cantidad de 500.000 para que el informe ya no sea facultativo sino preceptivo. Respecto al artículo 235, si la afección acerca de la estabilidad, seguridad o estanqueidad es referida únicamente durante el proceso constructivo o también durante la vida útil de la obra realizada.
3. ¿En qué casos no es necesario el citado informe si la inmensa mayoría de las obras tienen riesgos sobre estos extremos y si el informe que se solicita debe velar únicamente para que el proyecto contenga todos los documentos necesarios, o se debe entrar en el fondo a analizar un proyecto realizado por otro técnico cualificado y en muchas ocasiones con proyectos visados?

Segundo. Por otra parte, cinco concejales del ayuntamiento, pertenecientes a un partido de la oposición, solicitan a la secretaría que les informe sobre si existe la obligación de que sea designado personal del servicio de contratación instructores de los expedientes de contratación, porque, de no ser así, el departamento de contratación estaría involucrando al pleno u otro órgano de contratación, alterando la responsabilidad de los departamentos. Debiendo ser el departamento instructor el que examine el expediente que finalmente conforma, concluyendo con un informe-propuesta final, antes de elevar dicho expediente a secretaría.

En concreto, plantea lo siguiente:

4. ¿Es obligatorio nombrar instructor al personal del servicio de contratación y la elaboración de un informe-propuesta final, aun teniendo carácter supletorio la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas?
5. En otro orden de cuestiones, se plantean a la secretaría, por parte del alcalde, varias cuestiones sobre incompatibilidades respecto a las que solicita el oportuno informe. Informe sobre las cuestiones plantadas sobre posibles incompatibilidades o no. En concreto:
 - Se solicita por una concejal con dedicación parcial (50 % de la jornada) la compatibilidad para el ejercicio de la abogacía.
 - Por un segundo concejal, también en el mismo régimen parcial, se insta compatibilidad para el desempeño de actividades docentes privadas.
 - Por otra concejala del anterior mandato (2019-2023) se solicita se informe sobre si puede desarrollar el ejercicio de su profesión en el municipio (arquitecto), siendo en tal mandato concejal de urbanismo y, por ende, encargado de la gestión en virtud de licencias urbanísticas.

¿Sería posible su participación en nuevos proyectos que no se hubieran desarrollado en su etapa como concejal?

Por otra parte, un funcionario del ayuntamiento, A1, técnico de deportes, solicita compatibilidad para impartir clases de natación en un club privado, con contrato laboral. Sus retribuciones básicas ascienden a 1.288,31 euros y su complemento específico a 673. Las retribuciones básicas de un funcionario perteneciente al Grupo A, subgrupo A1, para el ejercicio 2024, en 14 pagas, son de 17.049,72 euros brutos. El complemento específico mencionado en el caso, en conjunto anual, supondría 9.422 euros. ¿Se ha de acceder a la compatibilidad solicitada?

6. Celebrado un pleno ordinario, es de constatar diversas mociones presentadas.
 - a) ¿Es posible por tanto votar individualmente cada punto de una moción o proposición?
 - b) Se han presentado mociones referidas a asuntos que exceden de la competencia municipal. ¿Se han de admitir las mismas?
 - c) Posibilidad de que las mociones puedan referirse a asuntos que excedan de la competencia del pleno.
 - d) Posibilidad de presentar mociones en sentido contrario a acuerdos adoptados por el pleno de la corporación que puedan suponer revocaciones ilegales de estos.

- e) Posibilidad de que en una misma sesión plenaria varios grupos presenten mociones sobre el mismo tema, lo que podría dar lugar, en la práctica, a la adopción de acuerdos contradictorios en relación con una misma cuestión.
- f) Un grupo municipal de la oposición había presentado ya cinco mociones en la misma sesión; por ello, el alcalde, en el ejercicio de su función de dirección del pleno y para garantizar su buen funcionamiento, acuerda la no admisión de la última proposición presentada por considerar abusiva y obstructiva la actitud de dicho grupo.

¿Obró con arreglo a derecho el alcalde?

Tercero. Finalmente, en el mes de abril se notificó a la empresa pública de la comunidad autónoma XXX, SA, Canal RRR, responsable de la explotación de los servicios de aducción y depuración promovidos directamente o encomendados a la comunidad autónoma, la liquidación practicada por el ayuntamiento en concepto de impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, derivada de las obras a realizar en ejecución del «Proyecto y ejecución de las obras referidas a las actuaciones para el desarrollo del Plan Nacional de Calidad de las Aguas de la población de las Fuentes», con la finalidad de depuración y reutilización del agua, por la que el ayuntamiento exigía a la empresa pública la suma de 212.221,47 euros.

No conforme con la liquidación notificada, presentó recurso de reposición, alegando en síntesis que a la obra le es de aplicación la exención del artículo 100.2 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 (TRLRHL), por ser una obra hidráulica cuya titularidad es de la Comunidad de Madrid. Además, señala que en la estipulación séptima del convenio administrativo entre la empresa pública y el ayuntamiento para el suministro de agua reutilizable para el riego de zonas verdes de uso público, de fecha 20 de junio de 2022, se establece que:

La vigencia del convenio, por formalizarse con vocación de permanencia en atención a los mejores intereses de los ciudadanos y con el fin de otorgar la mayor eficacia al servicio de suministro de agua reutilizable, con fundamento en el principio de colaboración entre Administraciones públicas, será en tanto subsista dicho suministro de agua reutilizable por la empresa.

El artículo 4.3 del convenio, a juicio de la apelante, establece la exención pretendida por el Canal RRR. Dicha disposición, dedicada a la licencia de obras, establece que:

El Ayuntamiento se compromete a conceder y facilitar las licencias de obra correspondientes de conformidad con lo establecido en el artículo 161 de la Ley de la Comunidad de Madrid, con aplicación de las exenciones tributarias previstas en el artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales.

Sostiene la demandante que «a la vista de lo que precede, y dado que el Convenio no es un mero acuerdo de intenciones, sino un verdadero negocio jurídico, no sería conforme a derecho permitir su incumplimiento, dado que ella alteraría de forma irremediable el equilibrio de las obligaciones bilaterales de ambas partes».

La Administración demandada, en resolución de 13 de mayo, desestimó el recurso de reposición basado en que el sujeto pasivo del impuesto es el dueño de la obra y que como tal debe entenderse aquel que soporte los gastos de ejecución de la misma que, en este caso, fue la empresa pública. Añadió en la resolución que el dueño de la obra, a los efectos aquí examinados, no tiene que ver con la entidad que sea titular de la obra, es decir, quién vaya a ser finalmente la propietaria de la misma, sino, por el contrario, y tal y como literalmente establece el artículo 101, el que soporte los gastos que comporte su realización. Y este no es otro que la entidad recurrente, hecho indiscutido y reconocido por las partes. Es la empresa pública la que presenta la solicitud de licencia de obra y quien asume la financiación de la obra, aunque sea una tercera empresa la que resulta adjudicataria del contrato de estos servicios de explotación y mantenimiento de las redes de saneamiento gestionadas por la empresa, contrato que es firmado por la entidad recurrente. Como se desprende de la norma transcrita, la intención del legislador es gravar con este impuesto a quien asume la realización de las obras que constituye el hecho imponible, no la propiedad o titularidad del terreno o de la obra.

Cuando no coinciden la condición de propietario del inmueble y la de dueño de la obra en el sentido económico recogido en el artículo 101, el artículo es claro al confirmar que es contribuyente quien soporta el coste de la obra.

Igualmente, razona que la aplicación de la exención exige como presupuesto que el dueño de la obra sea el Estado, las comunidades autónomas o las entidad locales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos.

La empresa pública no tiene esta condición, por lo que la exención del impuesto no resulta aplicable. Esta entidad tiene personalidad jurídica propia distinta e independiente de la comunidad autónoma, no reviste forma de organismo autónomo, sino de sociedad anónima, de modo que sus actuaciones se rigen por el derecho privado, principalmente, y no por el derecho administrativo.

Por ello, la empresa pública con forma de SA no forma parte del ámbito subjetivo de la exención del ICIO regulada en el artículo 100.2 del TRLRHL, por lo que no resulta de aplicación y debe producirse el devengo del impuesto.

Antes esta resolución la empresa anuncia la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo, por lo que el ayuntamiento se plantea que se informe, de forma razonada, de qué posibilidades de éxito tendrá el recurso interpuesto, teniendo en cuenta la argumentación del ayuntamiento para denegar la exención, la que hace la empresa en su recurso de reposición y las razones que Vd. estime pertinente para estimar o no el mismo.

Cuestiones planteadas:

Se han ido planteando a lo largo del relato de hechos.

Solución

1. Si el artículo 118.4 (LCSP), cuando se refiere a las disposiciones vigentes se refiere a la necesidad de contar con proyecto, ¿qué normativa se tendrá en cuenta? En aquellos casos en los que la legislación vigente no establezca la necesidad de emitir proyecto si puede ser adjudicado únicamente con un presupuesto

Ambas cuestiones, como cabe deducir de su ubicación en la misma frase del artículo 118.4 de la LCSP, están relacionadas entre sí y afectan a la determinación de cuál es la documentación requerida en la tramitación de un contrato menor de obras.

Como ya se ha expuesto en informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado (informe 8/2020, de 8 de febrero de 2021, e informe 92/2018, de 4 de marzo de 2019, entre otros), el contrato menor (incluido el de obras), atendiendo a su escasa cuantía, constituye en la regulación española una suerte de excepción a la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista y, de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación.

A este respecto, la LCSP, en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 118, establece unos requisitos específicos de tramitación muy simples con el fin de poder ofrecer una respuesta especialmente rápida y muy sencilla a necesidades inmediatas y perentorias del órgano de contratación y que, por su escasa cuantía, así lo demandan.

El apartado 4 del citado precepto concreta los requisitos que deben cumplirse para los contratos menores de obras, requisitos que se han de unir a los establecidos en los apartados 2 y 3 para todo tipo de contratos menores.

Tales condiciones presentan un contenido bastante similar a los que preveía la legislación precedente (artículos 95.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y 111.2 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), de modo que, para los contratos menores de obras deberá añadirse el presupuesto de las obras, en todo caso; el proyecto, cuando sea requerido por las disposiciones vigentes; y el informe de la oficina de supervisión de proyectos cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Respecto del requisito de incorporar el proyecto de la obra, el artículo 118.4 se remite a lo requerido por las «disposiciones vigentes», expresión esta que sustituye a la de la legislación anterior que aludía a la «normativa específica».

El sentido de la actual remisión es acudir a las normas reguladoras de la actividad, en qué consisten las obras para determinar la procedencia de la incorporación de un proyecto a la documentación requerida para la tramitación del contrato menor.

Por esta razón parece claro que, desde luego, con carácter general, resulta procedente la aplicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, para determinar la exigibilidad del proyecto, de acuerdo con el ámbito de aplicación de la misma que se recoge en su artículo 21 y en los casos en que contempla.

Ello no excluye, sin embargo, que puedan resultar aplicables también cualesquiera otras disposiciones sectoriales que sobre la materia puedan dictarse y puedan afectar a esta cuestión en concreto.

Por lo que se refiere al Código Técnico de la Edificación al que se alude también en la consulta, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, este será de aplicación igualmente con carácter general, pero en lo que se refiere al contenido del proyecto, ya que la exigibilidad del mismo viene exigida propiamente por la Ley 38/1999, según lo expuesto.

En consecuencia, cuando la normativa específica aplicable a la edificación de que se trate lo exija, será necesario incorporar un proyecto de obras.

Con esta conclusión se responde también a la segunda cuestión puesto que, si no resulta exigible el proyecto conforme a las disposiciones vigentes, resulta evidente que bastará con la incorporación del presupuesto correspondiente en el expediente de tramitación de un contrato menor de obras.

2. Partiendo de la base de que todas las obras tienen afección respecto estabilidad, seguridad o estanqueidad, ya sea en el proceso constructivo, ya sea en prevención de riesgos laborales, se solicita aclaración sobre el motivo por el que se fija la cantidad de 500.000 para que el informe ya no sea facultativo sino preceptivo. Respecto al artículo 235, si la afección acerca de la estabilidad, seguridad o estanqueidad es referido únicamente durante el proceso constructivo o también durante la vida útil de la obra realizada

Se plantean también varias cuestiones relativas a la exigencia del informe de las oficinas de supervisión de proyectos cuando los trabajos a desarrollar en el contrato menor de obras afecten a su estabilidad, seguridad o estanqueidad.

La junta consultiva ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y el contenido del informe de las oficinas de supervisión de proyectos en su Informe 43/21, de 17 de diciembre, en el que se abordan cuestiones referidas al ámbito objetivo 1:

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio [...] de los contratos de obras afectados como respecto al contenido del informe, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 235 de la LCSP y en los artículos 135 a 137 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

Por lo que se refiere al ámbito del citado informe, ya señalamos, aludiendo a la necesaria presencia del informe cuando se trate de actuaciones que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, que

El segundo párrafo del artículo 235 de la LCSP impone como preceptiva, por excepción, la emisión de un informe de supervisión en los proyectos referentes a contratos cuyo presupuesto base de licitación sea inferior a 500.000 euros, IVA excluido, cuando se trate de actuaciones que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

La estabilidad de una obra es la capacidad de una construcción para mantenerse en pie y resistir las fuerzas externas que actúan sobre ella. Para que una obra sea considerada estable, debe ser capaz de soportar su propio peso, las cargas que se le apliquen y las fuerzas naturales como el viento o los sismos. Supone respetar las normas y estándares de calidad al respecto. Suele existir un contrato, por parte del constructor y/o dueño de la obra con una compañía de seguros que emite certificado de estabilidad que supone, en su caso, responder por los daños y perjuicios que se puedan producir en la obra realizada.

Las normas de seguridad en obras se refieren a sistemas de control que tienen como objetivo generar patrones de comportamiento basados en las medidas a tomar para prevenir y controlar los riesgos inherentes en un proceso determinado. Estas normas se aplican en obras de construcción y se centran en proteger a los trabajadores, las instalaciones y los materiales utilizados en el proyecto. Su enfoque principal es prevenir accidentes, minimizar riesgos y garantizar la integridad física de todas las personas involucradas en la obra.

Finalmente, la estanqueidad de la obra se refiere a la capacidad de un edificio para protegerse contra el paso del agua y el aire. Esencialmente, se trata de la resistencia que el edificio muestra frente a estos agentes externos, lo que afecta su vida útil y habitabilidad. La estanqueidad engloba dos factores clave:

1. Hermeticidad: Se refiere a la calidad de las aberturas y cerramientos del edificio para que sea hermético frente al exterior. En otras palabras, debe estar perfectamente sellado y cerrado al aire del entorno.

2. Permeabilidad: Este término se relaciona con la capacidad de un material para permitir que un fluido (en este caso, aire) lo atraviese. En el contexto de edificios, se utiliza para evaluar la resistencia al paso del aire y calcular posibles infiltraciones.

Una buena estanqueidad en un edificio tiene varios beneficios, como una mayor durabilidad, mejor habitabilidad y seguridad. Por ejemplo, en aparcamientos y garajes, una estanqueidad adecuada es crucial. Además, la normativa española y europea impulsa la construcción hacia edificios más eficientes y sostenibles, lo que incluye consideraciones sobre la estanqueidad. En este contexto los sistemas de ventilación desempeñan un papel importante para lograr los valores óptimos. La estanqueidad es fundamental para mantener la calidad de vida en los espacios habitables y minimizar riesgos.

De conformidad con lo que señala esta norma estos tres aspectos se consideran esenciales a los efectos de garantizar la corrección jurídica y técnica del proyecto en los aspectos que especifica el artículo 136 del Reglamento.

Por lo tanto, y conforme a la significación normal y coloquial de los tres términos expuestos, cualquier actuación contractual que influya en alguno de estos aspectos, por su importancia, queda sujeta al informe de supervisión, aun en los contratos de cuantía inferior a la señalada en el primer párrafo del artículo 235 de la LCSP.

Parece obvio que la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad a que hace referencia la norma está aludiendo al conjunto del inmueble a que afecta la obra porque lo contrario carecería de sentido. La finalidad de la norma es precisamente garantizar que tales aspectos no queden afectados por las obras proyectadas.

Por otro lado, es evidente que siempre que puedan quedar afectadas la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad de inmuebles vecinos habrá de tomarse las medidas adecuadas para evitar cualquier perjuicio. Si ello es así, el proyecto correspondiente debe quedar sujeto a supervisión, incluso con mayor razón.

Respecto a si la afección a la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad de la obra queda referida únicamente al proceso constructivo inicial o si también es exigible durante la vida útil de la obra realizada.

Por otra parte, no existen razones que pudieran aconsejar limitar en el texto legal tal posible afección solamente al proceso constructivo inicial, en la medida en que, por un lado, la afectación puede producirse a lo largo de toda la vida útil de lo construido y, por otro lado, resulta posible celebrar otros contratos de obra con posterioridad a la finalización del proceso constructivo.

Por lo tanto, en estas obras posteriores, en las que sería necesario evaluar sus efectos sobre una obra previamente construida, cabría entender que el citado informe sería también preceptivo si se advirtieran efectos sobre la estabilidad, estanqueidad o seguridad.

La pregunta afirma, además, que la inmensa mayoría de las obras tienen riesgos sobre estos extremos. Esto no es del todo cierto. De la amplia configuración del posible objeto de un contrato de obras realizada en el artículo 13 de la LCSP y, en particular, de la enumeración de los trabajos enumerados en el Anexo I a los que se remite el citado artículo, se deduce que existen posibles actuaciones objeto de un contrato de obras que no afectan a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra y en las que, por esta razón, no resulta preceptivo el informe de la unidad de supervisión de proyectos si su cuantía resulta inferior a los 500.000 euros.

Así, es posible encontrar numerosos casos de contratos de obras que, siendo su presupuesto base de licitación (sin IVA) inferior a 500.000 euros, no afectan sin embargo a la estabilidad, seguridad y estanqueidad.

Debe precisarse al respecto que de lo que se predica la afectación a la estabilidad, seguridad o estanqueidad es a la obra, no a los elementos a utilizar durante su ejecución (trabajadores, maquinaria, etc). Es decir, si, por ejemplo, durante la ejecución de obras de

restauración o pintura de un edificio es necesario colocar una estructura que deba reunir determinados requisitos de seguridad o estabilidad para garantizar la seguridad de los trabajadores durante la ejecución de los trabajos, no es una cuestión que afecte necesariamente a la estabilidad, seguridad y estanqueidad de la obra a los efectos de determinar la exigibilidad del informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos. Solo se producirá esta si se afecta a la estabilidad, seguridad y estanqueidad de la obra sobre la que se trabaja.

3. ¿En qué casos no es necesario el citado informe, si la inmensa mayoría de las obras tienen riesgos sobre estos extremos y si el informe que se solicita debe velar únicamente para que el proyecto contenga todos los documentos necesarios, o se debe entrar en el fondo a analizar un proyecto realizado por otro técnico cualificado y en muchas ocasiones con proyectos visados?

A este respecto el artículo 235 de la LCSP exige que las oficinas o unidades de supervisión de los proyectos verifiquen, en el seno del informe de supervisión, que se han tenido en cuenta «las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de aplicación para cada tipo de proyecto».

Por otra parte, el artículo 136.1 del reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, especifica con más precisión las funciones de estas unidades, entre las que se hallan:

- a) Verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica, que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto.
- b) Proponer al órgano de contratación criterios y orientaciones de carácter técnico para su inclusión, en su caso, en la norma o instrucción correspondiente.
- c) Examinar que los precios de los materiales y de las unidades de obra son los adecuados para la ejecución del contrato en la previsión establecida en el artículo 14.1 de la Ley.
- d) Verificar que el proyecto contiene el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud.
- e) Las demás funciones que les encomienden los titulares de los Departamentos ministeriales.

Añade el RGLCAP lo siguiente:

2. Cuando no estén encomendadas a otros órganos administrativos por los titulares de los Departamentos ministeriales, las oficinas de supervisión de proyectos

examinarán los estudios informativos, anteproyectos y proyectos de obra de su competencia, así como las modificaciones de los mismos, recabando las aclaraciones, ampliaciones de datos o estudios, o rectificaciones que crean oportunas y exigiendo la subsanación o subsanando por sí mismas los defectos observados.

3. Las oficinas o unidades de supervisión harán declaración expresa en sus informes de que el estudio informativo, anteproyecto o proyecto, cuya aprobación o modificación propone, reúne cuantos requisitos son exigidos por la Ley y por este Reglamento, declaración que será recogida en la resolución de aprobación.

4. El informe que deben emitir las oficinas o unidades de supervisión de proyectos deberá serlo en el plazo máximo de un mes, salvo que por las características del proyecto se requiera otro mayor, contado a partir de la recepción del proyecto, una vez subsanados, en su caso, los defectos advertidos, y habrá de incorporarse al expediente respectivo como documento integrante del mismo.

Parece claro que, a la vista de la redacción de las funciones que se atribuyen a las oficinas de supervisión de proyectos en estas dos normas, que su función trasciende de lo meramente formal y de la simple comprobación de que el proyecto reúne los documentos necesarios. En efecto, junto a una función de verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al proyecto, se atribuyen a estas unidades la función específica del examen de que los precios de los materiales y de las unidades de obra son los adecuados para la ejecución del contrato e, incluso, la propuesta al órgano de contratación de criterios y orientaciones de carácter técnico de los proyectos, de lo cual se deriva que su función implica actuaciones de control material que permitan verificar la adecuación jurídica y técnica de aquel de cara a la correcta selección del contratista y posterior ejecución del contrato. Ello debe entenderse sin perjuicio de que, respecto de determinados aspectos complementarios del proyecto, como pueda ser, por ejemplo, el estudio de seguridad y salud, su actuación se limite a la comprobación de su existencia.

Como criterio interpretativo adicional respecto al alcance de las funciones de estas unidades cabe recordar que, como señala la Junta en el informe 43/21, entre las funciones propias de la Oficina de Supervisión de Proyectos se halla, en buena medida, la de sustituir para los contratos públicos las funciones que en otros contratos desarrolla el visado colegial.

En su virtud, el artículo 4.1 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio establece que

cuando en aplicación de la normativa sobre contratación pública, alguno de los trabajos previstos en el artículo 2 sea objeto de informe de la oficina de supervisión de proyectos, u órgano equivalente, de la Administración Pública competente, no será necesaria la previa obtención del visado colegial. Dicho informe bastará a efectos del cumplimiento de la obligación de obtención del visado colegial.

De lo anterior se deriva que la intervención de estas unidades no es un trámite añadido a la intervención los técnicos que deben visar el proyecto conforme a la normativa de aplicación, sino que los sustituye en estos proyectos, aportando la correspondiente garantía técnica que aportan dichos visados allí donde resultan exigibles.

En conclusión, teniendo en cuenta las anteriores fundamentaciones se pueden afirmar las siguientes conclusiones:

- El artículo 118.4 de la LCSP se remite a lo requerido por las «disposiciones vigentes» para determinar la exigibilidad de un proyecto y su preceptiva incorporación a la documentación requerida para la tramitación del contrato menor de obras. Sobre esta base resulta procedente, con carácter general, la aplicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, de acuerdo con su ámbito de aplicación regulado en su artículo 2, sin excluir el resto de la normativa sectorial que, en cada caso, pueda resultar de aplicación.
- Si las disposiciones vigentes no determinan la exigibilidad de un proyecto para la realización de un contrato de obras, la tramitación del mismo como contrato menor solo requerirá la incorporación de un presupuesto.
- No todos los proyectos suponen una concreta afección de la estabilidad, seguridad o estanqueidad de las obras. En consecuencia, el informe de la oficina de supervisión de proyectos no resulta preceptivo cuando no se produce esta circunstancia en las obras que tengan un presupuesto base de licitación inferior a 500.000 euros, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 235 de la LCSP.
- La afección a la estabilidad, la estanqueidad o la seguridad de las obras puede darse tanto en el seno del proceso constructivo como también durante la vida útil de la obra realizada. En todo caso, la afección debe predicarse de la obra sobre la que se actúa o a realizar, pero no de los elementos necesarios para su realización.
- El artículo 235 de la LCSP exige que las oficinas o unidades de supervisión de los proyectos verifiquen, en el seno del informe de supervisión, que se han tenido en cuenta «las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto», función que, de acuerdo con las funciones que desarrolla el artículo 136 del RGLCAP, excede de la mera comprobación de que el proyecto reúne los documentos necesarios.

4. ¿Es obligatorio nombrar instructor al personal del servicio de contratación y la elaboración de un informe-propuesta final, aun teniendo carácter supletorio la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas?

El ayuntamiento cuenta con 17 concejales, al amparo de lo establecido en el artículo 179.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 9 de junio, de régimen electoral general.

El artículo 3.3 a) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, señala que la función de asesoramiento legal preceptivo comprende:

- a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

De ahí que la secretaría no tuviera obligación legal de realizar el informe, porque el número de 5 supone un tercio del total de 17, pero el precepto no prohíbe la emisión de ese informe si lo pide un número menor al exigido. Quizás la opción más aconsejable para la secretaría hubiera sido consultar al alcalde, como jefe superior de Personal, la oportunidad o necesidad de realizar el informe y, por supuesto, antes esta petición la secretaría podría haberse negado a emitir el mismo. Lo cierto es que informó y, en principio ninguna consecuencia jurídica se va a producir, salvo la de una posible exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Entrando en la cuestión plantada, la LCSP establece un amplio conjunto de reglas aplicables al procedimiento a seguir en la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas. En cuanto a las normas aplicables a dicho procedimiento, la disposición final cuarta de la LCSP establece que los procedimientos regulados en dicha ley (incluyendo, entre otros, la tramitación del expediente de contratación y la licitación) se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la LPAC y en sus normas complementarias. El carácter subsidiario de la LPAC es claro y supone que la misma solo se aplicará en defecto de norma especial de la LCSP.

Como es bien conocido, la existencia de una serie de normas rituarías en la legislación propia de la contratación pública encuentra su fundamento en la garantía de sus principios esenciales, al tratarse de un ámbito destinado a satisfacer los intereses públicos y en el que se opera con fondos procedentes del erario público.

Entre tales principios cabe destacar la igualdad de trato a los licitadores, la concurrencia, la publicidad y la transparencia en la adjudicación de los contratos.

En la fase de preparación del contrato, el expediente de contratación no es otra cosa que una serie concatenada y ordenada de actuaciones administrativas que tienen por objeto concretar los elementos esenciales del contrato que se pretende celebrar y que concluye con una resolución motivada aprobando el expediente y disponiendo la apertura de la fase de adjudicación del contrato.

Se trata, por tanto, de un procedimiento administrativo cuya peculiaridad estriba en la materia que disciplina: la selección del contratista. Esta configuración del procedimiento de contratación como un procedimiento administrativo en ambas fases resulta importante a los efectos de determinar quién tiene la competencia para su tramitación.

La LCSP, como norma especial aplicable a los contratos públicos, no menciona en ningún momento, al abordar la regulación del expediente de contratación o la licitación del contrato, la figura del instructor del mismo. Por el contrario, esta norma se limita a atribuir al órgano de contratación la competencia para contratar (artículo 61) y a regular la figura del responsable del contrato (artículo 62) específicamente destinada a la fase de ejecución, sin perjuicio de las competencias propias de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos.

Dicho término sí figura expresamente en el artículo 75 de la LPAC, que alude a los actos de instrucción del procedimiento, en relación con el procedimiento administrativo general, y en el artículo 64 de la LPAC, en relación con los procedimientos sancionadores.

Esto es, la LCSP no desciende en su regulación al punto de determinar si es necesario que se nombre expresamente un instructor o varios, sino que se limita a atribuir a la mesa de contratación o al órgano de contratación una serie de funciones específicas a lo largo del procedimiento de selección del contratista.

El legislador consideró que no era necesario tratar esta cuestión porque, obviamente, nada se opone a que el órgano de contratación individualice en una persona concreta o en varias, sucesiva o conjuntamente, la función de tramitar el expediente de contratación.

Por el contrario, lo que en ningún caso cabe exigir es que se nombre un instructor en el sentido del artículo 64 de la LPAC. En efecto, al caracterizarse estos últimos por su finalidad penalizadora de las infracciones administrativas, la legislación procedimental exige, como verdadero trasunto del espíritu garantista que impregna la normativa procedimental penal, la separación entre una fase instructora (de investigación y reunión de elementos probatorios) y otra sancionadora (cuyo objeto es determinar la sanción pertinente en base a lo actuado en la fase instructora). La finalidad de esta separación resulta obvia: evitar la contaminación de quien está llamado a valorar los hechos y, en su caso, sancionarlos.

Sin embargo, esa necesidad de separar entre quien interviene en la formación del expediente de contratación y quien finalmente decidirá sobre su adjudicación no tendría razón de ser en el ámbito que ahora nos ocupa, puesto que no hay involucrada conducta ilícita alguna que deba sancionarse.

Sentado lo anterior, la cuestión por la que se nos consulta es si la persona o personas que tramiten los expedientes de contratación deben formar parte necesariamente del personal del servicio de contratación. En estos términos la cuestión resulta demasiado espe-

cífica. Es bien entendible que existen órganos de contratación de pequeño tamaño que no tienen por qué contar con un servicio específico dedicado a la contratación pública, aunque esto sea frecuente y aun recomendable. En tales casos el personal no puede pertenecer a este servicio. De existir el citado servicio de contratación, que dependiendo de la entidad de la que dependa puede tener funciones variables, tampoco parece imprescindible que determinados actos del expediente de contratación sean llevados a cabo necesariamente por personas que pertenezcan al mismo. Cabe pensar, por ejemplo, en actos de análisis del mercado concreto al que se refiere el contrato, mercado que puede ser ajeno al personal del servicio de contratación mas no a la unidad especializada que promueve la celebración del contrato. Precisamente la fase de preparación es la más apta para que la especialización de la unidad proponente del contrato juegue un papel importante en la configuración del contrato público.

Por otro lado, en los estrictos términos en que se pronuncia la LCSP, la única competencia insoslayable en lo relativo al expediente de contratación es la propia del órgano de contratación en cuanto a su aprobación. El resto de los actos de tramitación del expediente puede ser realizado por quien el órgano de contratación considere pertinente en cada caso, siguiendo criterios de eficiencia y economía.

Corresponde al órgano de contratación ordenar los medios personales y materiales de que disponga a tales fines.

En conclusión, la legislación contractual vigente no prevé la necesidad de que quienes tramiten los expedientes de contratación formen necesariamente parte del servicio de contratación del órgano licitador.

Finalmente, como corolario de lo anteriormente expuesto, cabe señalar también, contestando específicamente a la objeción planteada en la pregunta, que la tramitación del expediente de contratación por parte de personal de otras dependencias del órgano de contratación conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores no tiene por qué suponer alteración alguna de la responsabilidad del resto de unidades del mismo, ni por qué comprometer la objetividad del pleno municipal, siempre que se respeten adecuadamente las normas sobre incompatibilidades, conflictos de intereses y composición de los distintos órganos que intervienen en la contratación pública.

Como conclusión. Se puede señalar que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, no contiene ninguna disposición que obligue al órgano de contratación a que tramiten los expedientes de contratación personas pertenecientes a un servicio de contratación, pudiendo asumir la tramitación del expediente, en todo o en parte, las personas adecuadas de cualquier dependencia del órgano de contratación, según la organización de medios materiales y personales de que este disponga, y conforme decida el propio órgano de contratación.

5. En otro orden de cuestiones, se plantean a la secretaría, por parte del alcalde, varias cuestiones sobre incompatibilidades respecto a las que solicita el oportuno informe. Informe sobre las cuestiones plantadas sobre posibles incompatibilidades o no

a) Introducción

En materia de compatibilidades, por un lado, desde la perspectiva del régimen de los miembros corporativos, debemos tener en cuenta que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases de régimen local (LRBRL), prevé en el apartado 2 de su artículo 75 que los miembros de las corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 74 de la LRBRL.

El citado artículo 75.2 de la LRBRL, además, prevé que dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las leyes de presupuestos generales del Estado, si bien en los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

Asimismo, el apartado 2 de dicho artículo 75 de la LRBRL prosigue señalando que los miembros de las corporaciones locales que sean personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas (LIPAP), sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 75 de la LRBRL.

Por su parte, la LIPAP dispone, en su artículo 5.2, en relación con la materia que nos ocupa, que en los supuestos de miembros de las corporaciones locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el artículo 75.2 de la LRBRL, se podrán percibir retribuciones por tal dedicación, siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan, en su caso, de forma que la Administración en la que preste sus servicios un miembro de una corporación local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas.

Al hilo de dicha previsión, debe tenerse en cuenta que el posible desempeño de la actividad como concejal en régimen de dedicación parcial y su compatibilidad con una actividad

privada será viable, siempre y cuando esta no vulnere las determinaciones del artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG).

Así, el citado artículo 178 de la LOREG, al margen de prever en el apartado primero que las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo 177 de la LOREG lo son también de incompatibilidad con la condición de concejal, señala, a su vez, en su apartado 2, que son también incompatibles: «a) Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la LRBRL».

Por su parte, la Ley de incompatibilidades dispone en el apartado primero de su artículo 12 que, en todo caso,

el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades (entre el que se encuentran los miembros corporativos de entes locales y el personal de los entes locales) no podrá ejercer las actividades siguientes:

a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

b) Supuestos

Por tanto, ante la solicitud por una concejal con dedicación parcial (50 % de la jornada), la compatibilidad para el ejercicio de la abogacía, esta podrá autorizarse siempre y cuando no se vulnere lo dispuesto en el artículo 12.1 a) de la LIPAP («no podrá ejercer las actividades siguientes: a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público») y el artículo 178 a) de la LOREG («los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la LRBRL»), en relación con las previsiones que recoge el artículo 75.2 de la LRBRL («los miembros de las corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el art. 74 LRBRL»). El

citado artículo 75.2 de la LRBRL, además, prevé que dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las leyes de presupuestos generales del Estado, si bien en los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones).

Asimismo, en relación con la solicitud de un concejal para compatibilizar el ejercicio del cargo de miembro corporativo en régimen de dedicación parcial con el desempeño de actividades docentes privadas, esta podrá autorizarse siempre y cuando no se vulnere lo dispuesto en el artículo 12.1 a) de la LIPAP, en relación con las previsiones que recoge el artículo 75.2 de la LRBRL.

En otro orden, en relación con el concejal del anterior mandato (2019-2023) que solicita que se informe sobre si puede desarrollar el ejercicio de su profesión en el municipio (arquitecto), siendo en tal mandato concejal de urbanismo y, por ende, encargado de la gestión en virtud de licencias urbanísticas, hemos de tener en cuenta que el artículo 75 de la LRBRL dispone expresamente en su apartado 8 que durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, artículo que prevé en su apartado 1 que los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado, si bien la prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.

Asimismo, el apartado 2 de dicho artículo 15 prevé que

quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación. A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear,

mientras que el apartado 3 de dicho artículo 15 dispone que:

Se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

a) Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución adminis-

trativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.

b) Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.

Resulta revelador el contenido del apartado 5 de dicho artículo 15 de la Ley 3/2015, que dispone que durante el periodo de dos años a que se refiere el apartado 1 del artículo 15, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 %, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía, de manera que las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses.

A estos efectos, el artículo 75.8 de la LRBRL dispone que los ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese periodo para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, el exconcejal de urbanismo puede ejercer como arquitecto en el municipio, siempre y cuando, durante los dos años siguiente a su cese como concejal, no vulnere las previsiones y limitaciones a las que se refiere el artículo 15 de la Ley 3/2015, arriba referidas.

Por último, en relación con la solicitud de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada a la que se refiere el funcionario, debemos tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 16 de la LIPAP dispone que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del apartado b) del artículo 24 del TREBEP incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

No se señala en los hechos que el perfil del puesto de trabajo de dicho funcionario recoja un factor de incompatibilidad, por lo que debemos acudir al contenido del apartado cuarto del artículo 16 de la LIPAP, que señala que:

Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 1.º 3, 11, 12 y 13 de la presente Ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

En ese sentido, las retribuciones básicas de un funcionario perteneciente al grupo A, subgrupo A1, para el ejercicio 2023, en 14 pagas, son de 17.049,72 euros brutos, por lo que el 30 % debe ser computado sobre el total anual, lo que supondría, como límite, 5.114,916 euros.

El complemento específico mencionado en el relato de hechos, en conjunto anual, supondría 9.422 euros, lo que conlleva que supera el 30 % de las retribuciones básicas y, por tanto, no podría autorizársele la compatibilidad solicitada.

No obstante lo anterior, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de abril de 2021, se admite la posibilidad de aplicar en los entes locales, con discutible criterio, las previsiones de la disposición adicional 5 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (posibilidad de que los funcionarios de la Administración General del Estado pertenecientes a los subgrupos A1 y A2 soliciten la reducción, a petición propia, del complemento específico) y, por tanto, el funcionario podría solicitar la reducción del complemento específico de su puesto de trabajo para entrar dentro de los límites a los que se refiere el artículo 16.4 de la LIPAP, y, por tanto, obtener la compatibilidad interesada.

6. Celebrado un pleno ordinario en el que es de constatar diversas mociones presentadas

El artículo 97.3 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 (ROF) define las mociones como «la propuesta que se somete directamente a conocimiento del Pleno al amparo de lo prevenido en el artículo 91.4 de este Reglamento. Podrá formularse por escrito u oralmente».

Según el ROF, la moción, tal y como se ha indicado, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de su artículo 91.4, según el cual, en las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del pleno, por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas. Si así fuere, el portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 93 y siguientes del ROF.

De los artículos 91 y 97 ROF se infiere que las mociones tienen por objeto posibilitar que se sometan propuestas directamente al pleno, de tal suerte que al orden del día puedan incorporarse expedientes analizados y dictaminados por la comisión informativa o asuntos de cualquier tipo que tengan como elemento común que no estén incluidos en el orden del día. Ahora bien, el único límite material existente es que el acuerdo que incorporara el

asunto que como moción se tramita no tuviera cabida en el apartado de ruegos y preguntas, apartado en el que no cabe adoptar ningún tipo de acuerdo.

A) ¿Es posible por tanto votar individualmente cada punto de una moción o proposición?

Con ocasión del debate y votación de mociones y proposiciones, se solicita por un grupo municipal poder votar las distintas propuestas por separado, al estar de acuerdo en unos puntos y en otros no, así la moción aprobada contendría las distintas propuestas de acuerdo que hubieran obtenido la mayoría pertinente en las respectivas votaciones.

En el ayuntamiento entienden que la moción o proposición es un punto único que debe someterse a una sola votación y que no se puede desgajar en tantos puntos y votaciones como propuestas de acuerdo contenga. Así, la única forma de votar determinados puntos a favor y otros no sería presentar una enmienda de suprimir aquellos puntos con los que no se está de acuerdo y someterla a votación, pero con este sistema no se llega al resultado pretendido por los regidores.

Con carácter general y a modo de premisa inicial, entendemos que cabe dar distinto tratamiento al debate y votación de una moción que al de las proposiciones, debido a la diferente naturaleza de ambas y por responder a finalidades distintas; de modo que las primeras deben ser tratadas como actos de contenido político, como a continuación exponemos; y los segundos deben ser entendidos como actos administrativos que se incardinan en un procedimiento administrativo.

Así, las mociones constituyen una declaración de juicio, conocimiento o deseo cuyo contenido debe obedecer a actos de control y fiscalización en materia municipal. La experiencia acredita que las mociones pueden ser de muy diferente naturaleza y tipología y, en ocasiones, referidas a cuestiones ajenas a la vida municipal. En tal sentido, conviene señalar que a los efectos o consecuencias del incumplimiento de las mociones aquellas que son de naturaleza declarativa, que son la mayoría, no tienen efectos ni consecuencias jurídicas, tal y como ocurre en el ámbito parlamentario. Su cumplimiento es inexigible en términos jurisdiccionales. Dada su naturaleza, sus efectos son de índole política y sus consecuencias pueden ser de tal guisa o carácter, en cuanto expresión de acuerdos o compromisos políticos, pero de su incumplimiento no se deriva efecto jurídico alguno.

De ahí podemos advertir la irrelevancia a efectos jurídicos de la fase de votación de las mociones, en las que cabría admitir que la voluntad política o el sesgo ideológico de cada concejal/grupo quede plasmada en la votación; de este modo, si para ello fuera necesario votar cada punto que conforma la moción, el secretario municipal tan solo debería reflejar en el acta la mayoría con la que se aprueba o rechaza cada punto, correspondiendo al alcalde proclamar el resultado, alcanzándose el resultado propuesto por alguno de los regidores

de la entidad consultante, esto es, la moción aprobada contendría las distintas propuestas de acuerdo que hubieran obtenido la mayoría pertinente en las respectivas votaciones.

No obstante, cómo articular dicho procedimiento debe ser objeto del reglamento orgánico municipal, o, en su defecto, de la aplicación flexible del contenido de la regulación que para el debate y votación de las propuestas establece el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba ROF, y que es objeto de nuestro siguiente comentario.

Respecto a las proposiciones es plenamente aplicable el concepto de enmienda expuesto por nuestro consultante, conforme al artículo 97.5 del ROF, actuando la enmienda como «la propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al Presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto». Siendo el único procedimiento que tienen los concejales para introducir su voto disidente en el dictamen.

Respecto al contenido de las enmiendas, cabe distinguir las que son meras propuestas para que se rectifique o elimine algo del dictamen, de las adiciones, que son propuestas para se añada algo respetando íntegramente el contenido de aquel, si bien la redacción del artículo 97 del ROF permite ambas.

Las enmiendas, después de expuestas y, en su caso, debatidas, serán votadas y aprobadas o desechadas por mayoría simple. Si se aprueban, se incorporan al dictamen, que será, en consecuencia, rectificado; pero el dictamen o propuesta enmendado debe ser sometido a votación y aprobado por mayoría simple, o mayoría absoluta según la materia de que se trate en virtud del artículo 47.2 de la LRBRL. Por tanto, las enmiendas requieren de la existencia de un dictamen y van dirigidas al presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto.

Conclusiones

1.ª Con carácter general, entendemos que cabe dar distinto tratamiento al debate y votación de una moción que al de las proposiciones, debido a la diferente naturaleza de ambas y por responder a finalidades distintas; de modo que las primeras deben ser tratadas como actos de contenido político y, los segundos, deben ser entendidos como actos administrativos que se incardinan en un procedimiento administrativo.

2.ª Por tanto, cabría admitir que la voluntad política o el sesgo ideológico de cada concejal/grupo quede plasmada en la votación de las mociones; de este modo, si para ello fuera necesario votar cada punto que la conforma, el secretario municipal tan solo debería reflejar en el acta la mayoría con la que se aprueba o rechaza cada punto, correspondiendo al alcalde proclamar el resultado, alcanzándose el resultado propuesto por alguno de los regidores del ayuntamiento, esto es, la moción aprobada contendría las distintas propuestas de acuerdo que hubieran obtenido la mayoría pertinente en las respectivas votaciones.

3.ª Respecto a las proposiciones es plenamente aplicable el concepto de enmienda expuesto por nuestro consultante, conforme al artículo 97.5 del ROF.

B) Se han presentado mociones referidas a asuntos que exceden de la competencia municipal. ¿Se han de admitir las mismas?

En relación con esta cuestión pudiera ser posible, siempre que ello constituya un mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente garantizada, cuando, aun tratándose de cuestiones que excedan del ámbito de competencias municipales, incidan o traten temas vinculados con los intereses del municipio.

Ahora bien, en este caso hay que tener en cuenta, lógicamente, que el acuerdo a adoptar únicamente podrá consistir en la toma de posición del municipio en relación con una determinada cuestión, bien porque constituya la expresión de su opinión en relación con esta a fin de trasladarla a las Administraciones implicadas, bien porque suponga la realización de una censura de las actuaciones realizadas por estas Administraciones, sin que pueda consistir nunca en la adopción de un acuerdo por el que el municipio adopte decisiones de fondo en cuestiones que sean competencia de órganos de otras Administraciones.

C) Posibilidad de que las mociones puedan referirse a asuntos que excedan de la competencia del pleno

En relación con esta posibilidad también nos decantamos por entender que nada obsta para que, cuando estas mociones sean de control, se refieran a asuntos de la competencia de otros órganos, siempre que su finalidad consista en un posicionamiento del pleno en relación con la opinión que esta gestión merece a dicho órgano, pero nunca suplantando al órgano censurado en el ejercicio de sus atribuciones, de lo que se deduce que si bien no existe inconveniente en que se presente una moción al pleno en la que se acuerde la comparecencia de un concejal con competencias delegadas, en cambio es inadmisibles que esta moción conlleve la aprobación de una decisión que deba ser tomada por otro órgano, como sería el alcalde o, por delegación de este, los propios concejales.

D) Posibilidad de presentar mociones en sentido contrario a acuerdos adoptados por el pleno de la corporación que puedan suponer revocaciones ilegales de estos

Esta cuestión, a pesar de las dudas que pueda suscitar, entendemos que debe ser resuelta en el sentido de que cuando la moción implique la adopción de acuerdos idénticos a los ya adoptados, pero en sentido contrario, esta moción únicamente debería ser factible si propusiera al pleno el acuerdo de iniciar el correspondiente expediente para revisar de oficio los citados actos por vicio de nulidad del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común.

- E) Posibilidad de que en una misma sesión plenaria varios grupos presenten mociones sobre el mismo tema, lo que podría dar lugar, en la práctica, a la adopción de acuerdos contradictorios en relación con una misma cuestión

En este sentido, quizás la solución venga de la mano de la imaginación del reglamento orgánico municipal que, en relación con esta posibilidad, podría establecer que en estos casos únicamente se incluya en el orden del día la primera moción que haya tenido entrada en el Registro General del ayuntamiento, presentándose al pleno las restantes como enmiendas a la totalidad o mociones alternativas a la moción presentada en primer lugar, pues con ello se evitaría la eventualidad de acuerdos contradictorios, en la medida en que se debatirían conjuntamente, votando en primer lugar las enmiendas o mociones alternativas y, en segundo lugar, la moción principal, con la redacción resultante de las enmiendas aprobadas.

- F) Un grupo municipal de la oposición había presentado ya cinco mociones en la misma sesión; por ello, el alcalde, en el ejercicio de su función de dirección del pleno y para garantizar su buen funcionamiento, acuerda la no admisión de la última proposición presentada, por considerar abusiva y obstructiva la actitud de dicho grupo. ¿Obró con arreglo a derecho el alcalde?

No se puede limitar este derecho, que afecta al artículo 23.2 de la CE, por un simple acto administrativo. Por los principios de seguridad jurídica, igualdad y respeto a los derechos fundamentales esta limitación debe preverse por norma jurídica, al menos, con valor reglamentario. Esta cuestión es materia propia de la potestad de autoorganización de los entes locales, que debe reflejarse en el correspondiente reglamento orgánico municipal.

¿Qué posibilidades de éxito tendrá el recurso interpuesto teniendo en cuenta la argumentación del ayuntamiento para denegar la exención, la que hace la empresa en su recurso de reposición y las razones que Vd. estime pertinente para estimar o no el mismo?

La cuestión discutida es si resulta aplicable al caso la exención prevista en el artículo 100.2 del TRLHL, como defiende la recurrente, o no es aplicable, como defiende el ayuntamiento.

El artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales dispone que:

1. El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras es un tributo indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al ayuntamiento de la imposición.

2. Está exenta del pago del impuesto la realización de cualquier construcción, instalación u obra de la que sea dueño el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, que estando sujeta al impuesto, vaya a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas [definidas, en sentido amplio, incluyendo obras para la depuración y reutilización de las aguas, en el artículo 122 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas], saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación.

Y el artículo 101.1 dice:

Son sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, las personas físicas, personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquella.

A los efectos previstos en el párrafo anterior tendrá la consideración de dueño de la construcción, instalación u obra quien soporte los gastos o el coste que comporte su realización.

De estos artículos se desprende que el sujeto pasivo del impuesto es el dueño de la obra y que como tal debe entenderse aquel que soporte los gastos de ejecución de la misma.

A su vez, la norma prevé una exención siempre y cuando concurren dos requisitos: uno objetivo, relativo a la naturaleza de la obra (que habrá de ser alguna de las que se enumeran, en este caso, obra hidráulica), y otro subjetivo en atención a quién sea el dueño de la obra (Administración territorial aunque su gestión se haga a través de un organismo autónomo).

A) Argumento de la empresa respecto a lo previsto en el convenio suscrito con el ayuntamiento

Respecto al convenio existente y los argumentos de la empresa para reforzar su argumento de exención del ICIO, sosteniendo la demandante que «a la vista de lo que precede, y dado que el Convenio no es un mero acuerdo de intenciones, sino un verdadero negocio jurídico, no sería conforme a derecho permitir su incumplimiento, dado que ella alteraría de forma irremediable el equilibrio de las obligaciones bilaterales de ambas partes», hay que discrepar de este argumento de la empresa en su recurso, pues:

Primero, hablar de «vocación de permanencia» de un convenio interadministrativo va en contra del artículo 49 h, 1.º y 2.º de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público que, respecto a la duración de los convenios, establece:

1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

Segundo, el precepto del convenio, en buena medida, resulta superfluo, pues cuando el ayuntamiento se compromete a conceder las licencias, no hace sino reconocer la obligación de la Administración local a concederlas, dado que se trata de una actividad realizada. En cuanto a la facilitación de la licencia de obra no es sino una mera declaración de intenciones. Y en el resto, cuando trata de las exenciones tributarias, se limita a recordar la aplicabilidad del texto refundido de la Ley de haciendas locales.

Así pues, no se puede fundar en tal convenio la pretensión.

B) Objeto de la controversia

Consiste en esclarecer si se interpreta correctamente la denegación de la exención controvertida, a efectos de la aplicación del artículo 100.2 del TRLHL en relación con las construcciones, instalaciones y obras directamente destinadas a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales de las que sea dueño el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales –cuando no coincidan la condición de propietario del inmueble y la de dueño de la obra–, por lo que se debe discernir si lo relevante es atender a quién va a ser finalmente el propietario de la obra o, por el contrario, lo que importa es atender a quien soporta los gastos que comporta su realización y dilucidar si la exención es aplicable no solo cuando la gestión de la obra se lleve a cabo por un organismo autónomo, sino también cuando se trate de una empresa pública.

C) Sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto esta cuestión

Sentencia núm. 875/2020, de 24 de junio (Norma CEF NFJ078375), dictada en el recurso de casación núm. 6043/2017.

D) Diferencia conceptual entre la figura del dueño de la obra a efectos de la exención respecto del mismo término en la regulación del sujeto pasivo, con fundamento en que, para la clase de obras o instalaciones específicamente previstas como elemento objetivo de la exención, la condición de dueño de la obra, conforme al 100.2 del TRLHL, solo podría ostentarla la Administración pública mencionada, en este caso la comunidad, puesto que la exención objetiva viene referida a determinadas obras cuyo destino es incorporarse al dominio público, separación conceptual de la figura del dueño de la obra que es definida como sujeto pasivo distinto al propietario en el artículo 101 del TRLHL.

Por tanto, la noción de dueño de la obra, por oposición al de propietario –cuando las dos condiciones las ostenten personas diferentes–, tiene una diferencia sustancial:

Según el artículo 101 del TRLHL:

1. Son sujetos pasivos de este impuesto, a título de contribuyentes, las personas físicas, personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que sean dueños de la construcción, instalación u obra, sean o no propietarios del inmueble sobre el que se realice aquella.

A los efectos previstos en el párrafo anterior tendrá la consideración de dueño de la construcción, instalación u obra quien soporte los gastos o el coste que comporte su realización.

2. En el supuesto de que la construcción, instalación u obra no sea realizada por el sujeto pasivo contribuyente tendrán la condición de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente quienes soliciten las correspondientes licencias o presenten las correspondientes declaraciones responsables o comunicaciones previas o quienes realicen las construcciones, instalaciones u obras.

La interpretación de tal precepto regulador del sujeto pasivo exige desentrañar la extraña figura del dueño de la obra, como contribuyente distinto del propietario, lo que requiere necesariamente localizar en él algún signo de capacidad económica indirecta (por ser tal la naturaleza del ICIO). Esto es, no puede ser dueño de la obra quien la realice para el propietario del inmueble por cuenta de este, por encargo o contrato, al margen de la condición de sustituto del contribuyente.

En tal caso, dueño de la obra sería quien, ostentando un derecho real sobre el inmueble, emprendiese unas obras con cuyo coste corriera, al margen del propietario de la finca sobre la que aquellas construcciones, instalaciones u obras se asientan (usufructuario, arrendatario, superficiario, etc.). En tal caso, es patente que el dueño de la obra es quien asume la obra y la sufraga por sí mismo, no por cuenta de otro.

En cambio, esa relación o situación personal alternativa no es posible en el esquema del artículo 100.2 del TRLHL, por una razón evidente: porque todos los bienes que, objetivamente, determinan la exención, son los objetos de construcciones u obras enunciados *numerus clausus* en el artículo, necesariamente vinculados al servicio público y destinados, en la propia definición de la ley, a integrar el dominio público.

Así, el artículo 100.2 del TRLHL dispone:

2. Está exenta del pago del impuesto la realización de cualquier construcción, instalación u obra de la que sea dueño el Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, que estando sujeta al impuesto, vaya a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación.

Al margen de que la técnica normativa no parece muy depurada –se habla de exención del pago, por ejemplo–, una exégesis del precepto simplemente gramatical, sin necesidad de ahondar más, permite descartar que el citado precepto pueda apoyarse en una interpretación suministrada por el artículo 101 del TRLHL, pues ya el precepto regulador de la exención se encarga de resaltar que el dueño de la obra es el Estado y las demás Administraciones territoriales citadas, al haber una conexión precisa y necesaria entre la identidad subjetiva, la naturaleza de la obra y la naturaleza del bien afectado, conforme a su finalidad estricta e invariablemente pública, sin que pueda serlo nadie más.

Así lo asevera la afectación final, el destino previsto para ella, de afectarla a un servicio público o de mantenerla en él cuando ya existiera tal adscripción, bajo el régimen excepcional de los bienes de dominio público, cuyo estatuto básico se encuentra previsto en la Constitución (art. 132), que reconoce los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

Tal conclusión resulta, de forma inequívoca, cuando el precepto menciona que las obras exentas son [cualquier obra o construcción que...] vaya a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales. En este concreto caso, estamos ante una obra hidráulica cuyo dueño es la comunidad autónoma, lo que es bastante para establecer la exención y para no considerar dueño de la obra a la Administración institucional o empresa que encargue la obra o construcción.

La mera demanialidad de los bienes se erige en causa inmediata y eficiente de la exención, pues carecería por completo de sentido que una obra ejecutada para ser destinada al servicio público fuera gravada, como pretendida manifestación de capacidad económica de su titular –con retorsión de tal principio fiscal rector del artículo 31.1 de la CE–. Cabe añadir que es previsible que la obra beneficie directamente a la población, haciendo si cabe aún más impropia la exigencia de un tributo.

E) Determinación de la empresa pública en la tipología de los organismos públicos.

El segundo elemento de controversia en este asunto se refiere al inciso final del artículo 100.2 TRLHL: «... aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación».

Como muestra añadida de la escasa pulcritud técnica del TRLHL, debemos decir que la denominación de organismos autónomos, como categoría diferenciada en la variada clases de los entes públicos, ya no estaba presente en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que sustituyó a la Ley de 26 de diciembre de 1958, de entidades estatales autónomas.

La LOFAGE estableció una denominación nueva, la de organismo público, que desarrolla actividades derivadas de la propia Administración General del Estado en calidad de

organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta. Cualquiera de estos organismos públicos puede prestar servicios públicos y dentro de tal categoría se encuentran tanto los organismos autónomos, que se rigen por derecho administrativo, como las entidades públicas empresariales, que, conforme al artículo 53 de la LOFAGE, se rigen por el derecho privado.

En la actualidad, el ámbito de la Administración institucional se ha ampliado y se ha superado la regulación más restrictiva de la LOFAGE. En este sentido, el artículo 84.1 a) de la Ley 40/2015, relativo a la organización y funcionamiento del sector público institucional, señala que forman parte del mismo las siguientes entidades:

- a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en: 1. Organismos autónomos; 2. Entidades públicas empresariales. 3. Agencias estatales.
- b) Las autoridades administrativas independientes.
- c) Las sociedades mercantiles estatales.

Por ello, se puede afirmar que la caracterización como organismo autónomo –como exclusivo a que se refiere el TRLHL–, aun siendo una expresión obsoleta dentro de la tipología de la denominada Administración institucional de la Ley 40/2015, es una clase definida para la Administración del Estado, por lo que, además, habrá que acudir a las disposiciones autoorganizativas de las demás Administraciones territoriales –y por lo que aquí respecta, a las de la comunidad autónoma correspondiente– para encontrar la equivalencia jurídica de la desaparecida en leyes autonómicas expresión de organismos autónomos, y otras manifestaciones de Administración institucional.

Además, es la referencia a la gestión, «aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos», lo que nos suscita la duda de si esa gestión es la del servicio público, una vez puesto en funcionamiento tras la ejecución y entrega de la construcción, instalación u obra, o es la de la realización misma de tal obra o construcción, en cuyo caso queda más evidente aún que la entidad, fuera Administración o empresa pública, actuaría por encargo o como personificación de la propia Administración, la indudable dueña de la obra.

Pero la realidad es que el término gestión, en la tradición administrativa clásica que llega hasta nuestros días, no se refiere tanto a la realización o ejecución de una obra pública, sino más bien a la prestación del servicio público mediante concesión u otra figura contractual. Por tanto, la salvedad respecto de la gestión parece referirse a un momento ajeno y posterior al devengo del impuesto local aquí concernido y que no afecta a la exención, cuyo significado puede ser el de que no obsta a la exención el hecho de que el servicio público de que es titular la Administración titular de los bienes demaniales correspondientes se ejecute a través de una entidad con personalidad jurídica diferenciada, sin que la denominación organismo autónomo que menciona la ley sea un elemento diferenciador de utilidad.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en distintas sentencias. Por ejemplo, señalamos en la sentencia de 22 de diciembre de 2015, recurso 1152/2014, lo siguiente:

No podemos considerar que una sociedad anónima, como es ahora el Canal de Isabel II, pueda calificarse de Administración Pública a estos efectos. Si se huye del Derecho Administrativo en la forma de personificación para actuar en el tráfico jurídico con arreglo al derecho privado, utilizando la forma de sociedad anónima, no puede paralelamente pretenderse la aplicación de aquellos beneficios de los que gozan las Administraciones Públicas y las entidades públicas que la integran por su condición de tal y por su pleno sometimiento al Derecho Administrativo en el cumplimiento de sus fines.

Igualmente, en la sentencia de 24 de junio de 2015, recurso 421/2014, se concluye que la entidad demandante no tiene la consideración de Administración a efectos de aplicación del art. 81.1 c) de la LJCA: «la constitución de la sociedad anónima "Canal de Isabel II Gestión SA" fue aprobada por Acuerdo de 14 de junio de 2012, del Consejo de Gobierno, que autorizó su constitución de la sociedad anónima "Canal de Isabel II Gestión, Sociedad Anónima" siendo, conforme al punto primero del acuerdo, una sociedad mercantil que adoptará la forma de sociedad anónima».

De conformidad con ello, y siguiendo la misma doctrina, dictada el 25 de febrero de 2010 en el recurso de apelación 1265/2009, «aunque forma parte del sector público estatal (en este caso autonómico) (arts. 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria), se rige íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, y que «en ningún caso» puede disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad, por lo que no puede ser incluida dentro del concepto de Administración pública del artículo 2.3 de la Ley 39/2015, LPAC, antes transcrito, ya que ni puede ser considerada como una «entidad de Derecho Público» ni puede, tampoco, predicarse de la misma que «ejerza potestades administrativas».

Debemos señalar que, aunque no hay una doctrina previa que resuelva la cuestión relativa a la personificación de la entidad o empresa que gestione la realización de la obra para un caso como el presente, la que hemos dictado, desde la incorporación de este impuesto a la Ley 39/1988, avala con claridad la respuesta estimatoria. Así, cabe significar:

1. STS de 5 de mayo de 2009, casación en interés de la Ley n.º 60/2007 (Norma CEF NFJ033862):

QUINTO.- Siendo esta la normativa a tener en cuenta hay que reconocer que la doctrina legal que se propone no concuerda con al antiguo art. 104.2 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales ni con el actual art. 103.2 de su Texto Refundido, pues la bonificación está prevista, si así lo establecen las Ordenanzas Fiscales,

a favor de las construcciones, instalaciones u obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal, todo ello con independencia de quien realice la actividad, por lo que la ejecución de la obra a través de un contratista no puede modificar el alcance del beneficio. La Ley solo exige solicitud del sujeto pasivo, no del contribuyente, por lo que en modo alguno puede excluirse al sustituto.

En definitiva, lo determinante para la bonificación es la realización de construcciones, instalaciones y obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico-artísticas o de fomento del empleo, estando constituido el ámbito subjetivo por los sujetos pasivos que son a los que les corresponde la solicitud del reconocimiento de la bonificación.

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 (FD 4.º), dictada en unificación de doctrina.

Este precepto excepciona, indiscutiblemente, del art. 102 LHL el supuesto concreto de las grandes obras públicas a que se refiere, reputando por dueño de la obra en las mismas al Estado, Comunidades Autónomas o Entidades Locales, aunque su gestión –como ocurre con AENA– se lleve a cabo por Organismos Autónomos.

Una interpretación literal del precepto, tal como hace en su detenido estudio la sentencia impugnada, conduciría a resultados verdaderamente absurdos, y convertiría la exención en letra muerta en numerosas y trascendentales obras, relativas a instalaciones gestionadas por Organismos Autónomos, haciendo del art. 29 «un precepto írrito», según la contundente expresión de nuestra sentencia de 9 de julio de 1999, en la que, por otros argumentos, se validó asimismo la exención que nos ocupa, en el recurso de casación 4407/1994 (NormaCEF NFJ009667), en un litigio sostenido entre el Ayuntamiento de Camargo y AENA.

En ella recordábamos que el ente público «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea» (AENA) fue creado por el artículo 82.1 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

De lo que antecede se desprende que el dato fundamental para obtener la exención es que las obras definidas en la norma de exención (carreteras, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, etc.) tienen, todas ellas, la condición de dominio público por estar afectas a un servicio público, lo que lleva a esta sala y sección a concluir que el dato imprescindible para conceder la exención en el ICIO no es que el gestor de la obra sea o no un organismo autónomo, sino que el bien sea de dominio público y que el servicio público se preste a través de un ente público instrumental perteneciente a una Administración institucional, en el supuesto citado, la del Estado.

Esta tesis está presente en numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, las de 27 de abril de 2001, 7 de julio de 2001, 21 de julio de 2001 (recurso de casación para unificación de doctrina núm. 5234/1996 NormaCEF NFJ011285), 18 de abril de 2002, 10 de

septiembre de 2002, 16 de septiembre de 2002, 27 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2003 y 22 de noviembre de 2003 (casación para unificación de doctrina núm. 4547/1998; NormaCEF NFJ016541).

F) Conclusión

Entrando en la aplicabilidad al caso que nos ocupa de la jurisprudencia citada, interesa señalar que en el caso que nos ocupa, relativo a la entidad Empresa Pública XXX, SA, se cumplen los requisitos exigidos en la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo para extender cuanto se ha dicho con respecto a AENA, sobre la exención del ICIO en los aeropuertos que gestiona, a la desarrollada por la aquí recurrente en las construcciones e instalaciones para las que se promovió infructuosamente la exención, cuestión en la que no cabe entrar con detalle, como no lo hace tampoco la sentencia impugnada, que se limita a la apreciación tangencial de que la empresa pública recurrente no es un organismo autónomo, noción que, como hemos repetido, había desaparecido ya bastantes años antes de la entrada en vigor del TRLHL.

G) Fijación de criterios interpretativos sobre la cuestión de interés casacional objetivo delimitada en el auto de admisión

1. En las obras de infraestructura mencionadas en el artículo 100.2 del TRLHL, no existe la posibilidad de diferenciar el dueño de la obra como persona separada de la Administración pública titular del dominio público en que se manifiestan aquellas.

2. Tampoco cabe establecer que es sujeto distinto del titular demanial quien, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley respecto de tales bienes, promueve las construcciones, instalaciones u obras, porque no soporta los gastos que comporta su realización en calidad distinta de la del titular demanial.

3. Tratándose de las construcciones, instalaciones u obras que se destinen a las obras de infraestructura *numerus clausus* mencionados en el artículo 110.2 del TRLHL y, en particular, las obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, lo relevante es atender a quién va a ser finalmente el propietario de la obra, en los términos ya puestos en relación con los bienes demaniales.

4. Por lo que respecta a la segunda pregunta, la forma de personificación como organismo autónomo –como categoría conceptual formalmente extinguida–, se refiere a la gestión ulterior y, además, ha de conciliarse con las reglas autoorganizativas de la Administración de que se trate. En el caso de la recurrente, tales normas favorecen la exención. Basta con el hecho de que la ley autonómica le confiere competencias y funciones administrativas para promover la construcción de obras públicas como las señaladas, así como gestionar los servicios públicos resultantes, con atribución de facultades y competencias públicas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 23.2 y 132.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 178 y 179.1.
- Ley 53/1984 (Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas), arts. 5, 12 y 16.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 63.1, 74 y 75.
- Ley 38/1999 (Ordenación de la edificación), arts. 2 y 21.
- Ley 7/2007 (Estatuto Básico del Empleado Público), art. 24.
- Ley 3/2015 (Ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), art. 15.
- Ley 39/2015 (LCAP), arts. 2.3 y 47.1.
- Ley 9/2017 (Contratos del sector público), arts. 13, 61, 62, 64, 75, 118, 235 y disposición final cuarta.
- Real Decreto-Ley 20/2012 (medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), disp. adic. 5.^a.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgto. de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), art. 97.
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento general de la Ley de contratos), arts. 135, 136 y 137.
- Real Decreto 314/2006 (Código Técnico de la Edificación).
- Real Decreto 1000/2010 (visado colegial obligatorio), art. 4.1.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), arts. 3.3.
- SSTS 4407/1994; de 27 de abril de 2001; 7 de julio de 2001; 21 de julio de 2001 (rec. de casación para unificación de doctrina núm. 5234/1996); 18 de abril de 2002; 10 de septiembre de 2002; 16 de septiembre de 2002; 27 de diciembre de 2002; 30 de enero de 2003; 22 de noviembre de 2003 (casación para unificación de doctrina núm. 4547/1998); 5 de mayo de 2009 (casación en interés de la Ley 60/2007); 24 de junio de 2015, rec. núm. 421/2014; 875/2020, de 24 de junio (dictada en el recurso de casación núm. 6043/2017).
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado: 92/2018, de 4 de marzo de 2019; 8/2020, de 8 de febrero de 2021; 43/2021, de 17 de diciembre, y 61/2022, de 25 de mayo de 2023.