



Administración local. Información de grupos municipales. Contrato de obras

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

El supuesto gira sobre diversas cuestiones jurídicas planteadas en un ayuntamiento, tales como una solicitud de información instada por un grupo municipal para que se les entregue en papel, y que es denegada ordenando el alcalde que accedan a través de la sede electrónica; la diversidad de formas para adquirir un terreno para la construcción de una biblioteca municipal; y un contrato de obras para aquel fin que incluía la redacción del pliego de cláusulas particulares por el mismo contratista al que se adjudicó el contrato y la necesidad de nuevas obras no previstas en el mismo. Finalmente, se plantea la validez de una ordenanza fiscal no publicada en el Boletín Oficial de la Provincia y sí, por error, en el tablón de anuncios del ayuntamiento.

Palabras clave: Administración local; información de los concejales; contrato administrativo de obras; pliego de cláusulas administrativas; publicación de ordenanza fiscal.

Fecha de entrada: 14-01-2020 / Fecha de aceptación: 28-01-2020

Enunciado

1. Los concejales del grupo municipal de la oposición del ayuntamiento de LLL, de 4.500 habitantes, solicitan copia en papel de determinados expedientes tramitados en el ayuntamiento. El alcalde se niega a dicha entrega y les indica que accedan a ellos a través de la sede electrónica.

Por otra parte, el alcalde plantea al secretario-interventor la duda de si las convocatorias de las sesiones deben ser en formato electrónico o en papel.

2. El Ayuntamiento va a realizar la construcción de un edificio destinado a biblioteca municipal. No dispone de terreno para ello, planteándose las diversas alternativas que tiene para la adquisición del terreno. Adquirido el terreno, es su intención la agilización de los trámites para iniciar la construcción lo más rápidamente posible. El valor estimado del contrato es de 1.030.000 euros (IVA incluido). Es competente el pleno de la corporación, por razón de su cuantía. Una empresa del sector realizó el pliego de cláusulas administrativas particulares. Para la adjudicación de las obras utiliza el procedimiento restringido, invitando a la licitación a la empresa que realizó el pliego de cláusulas administrativas particulares. Durante la ejecución del contrato es preciso realizar nuevas obras no previstas ni en el proyecto ni en el contrato, indispensables para ejecutar la obra tal y como estaba prevista en el proyecto, pues el mismo se refería a un tipo de material que había que utilizar en la construcción y se había estado utilizando otro distinto. El importe de estas obras se eleva a la cantidad de 530.000 euros.

Es de hacer constar que a uno de los licitadores, que no resultó adjudicatario, se le intentó realizar la primera notificación a las 13:00 horas y, al resultar infructuosa, se intentó el mismo día a las 16:01 horas.

Por otra parte, el contratista, en un determinado momento, dirigió solicitud escrita al órgano de contratación, exigiendo el pago de intereses de demora en el pago de certificaciones de obras. Transcurrido tres meses desde dicha solicitud, al no contestar nada la Administración, entendió estimada la misma.

3. Por error, no se publicó texto íntegro de una ordenanza fiscal en el Boletín Oficial de la Provincia, aunque sí en el tablón de anuncios del ayuntamiento.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Se debe entregar copia de los expedientes a los concejales o deben acceder a ellos a través de la sede electrónica? ¿Las convocatorias de las sesiones deben ser en formato electrónico o en papel?
2.
 - a) ¿Es posible invitar a la licitación a la empresa que ha elaborado el pliego técnico?
 - b) ¿Cuáles serían los modos para la adquisición del terreno para hacer la biblioteca municipal?
 - c) ¿Cómo se conseguiría la agilización de los trámites para iniciar lo más rápido posible la construcción del edificio?
 - d) ¿Resulta ajustado a derecho las obras que pretenden llevarse a cabo posteriormente, siendo intención del ayuntamiento que las haga el mismo contratista?
 - e) ¿Es posible realizar la primera notificación al interesado a las 13:00 h y practicar la segunda notificación el mismo día a las 16:01 h?
 - f) ¿Interpretó correctamente el contratista su solicitud de pagos de intereses de demora?
 - g) Indique el órgano competente para la aprobación de la certificación final de las obras y el competente para la aprobación del resto de certificaciones que se van efectuando cada mes, respecto a las obras ejecutadas por el contratista.
3. ¿La ordenanza fiscal podría considerarse nula por ese error en la publicación?

Solución

1. ¿Se debe entregar copia de los expedientes a los concejales o deben acceder a ellos a través de la sede electrónica? ¿Las convocatorias de las sesiones deben ser en formato electrónico o en papel?

La primera cuestión planteada se refiere a la forma de entrega de documentación de los expedientes administrativos a los concejales que la reclamen para el ejercicio de sus funciones. Tal derecho está reconocido en el artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), que dispone que:

Todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado.

El desarrollo reglamentario de tal derecho se contiene en los artículos 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (BOE de 22 de diciembre), por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Incluso el artículo 15 del Reglamento obliga a los servicios administrativos locales a facilitar la información, sin necesidad de que el miembro de la corporación acredite estar autorizado, entre otros supuestos, «cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal».

Es evidente que el modo de cumplimentar los concejales el derecho al acceso a la documentación que conste en los expedientes administrativos debe ser distinto en el momento de regulación del mismo en la Ley 7/1985 y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 1986, que en nuestros días, por mor de la introducción de un principio básico que rige no solo la tramitación y desarrollo del procedimiento administrativo, sino la propia participación de terceros en la vida administrativa.

Efectivamente, nos referimos a la electronificación del procedimiento. Proceso iniciado con la Ley 11/2007, de 22 de junio (BOE del 23), de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y culminado con la reciente entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta, en su artículo 70.2, establece que los expedientes administrativos tendrán formato electrónico, y en el artículo 27.3, sobre las copias realizadas por las Administraciones públicas, regula en la letra a) las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, que deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento. Antes, en el artículo 26.1, se señala que «se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones públicas. Las Administraciones públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia».

Por tanto, con base en los preceptos señalados, debemos partir de que los documentos propios del expediente administrativo se contendrán en formato electrónico; por lo que un concejal deberá consultar los mismos a través de la plataforma de gestión documental de la que disponga la corporación, que requiere una identificación a través de atribución de usuario y contraseña. Sobre el uso de tales plataformas, solo existe una referencia en la ley, en

el artículo 75.2 de la Ley 39/2015, que dispone que «las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables y la tramitación ordenada de los expedientes, así como facilitar la simplificación y la publicidad de los procedimientos».

En los expedientes administrativos tramitados de forma electrónica, la firma también electrónica se realiza desde las citadas plataformas de gestión, de modo que el acceso al expediente a través de las referidas plataformas permite visualizar los documentos del expediente, especialmente los informes que sirven de soporte al documento a firmar.

De este modo, un concejal deberá tener acceso a través de la plataforma a la documentación correspondiente a los expedientes que vayan a ser elevados al pleno, bien a través del correspondiente municipal propio de la actuación de que se trate, bien a través del expediente que se haya creado al efecto para la sesión plenaria correspondiente.

Todo lo anterior va necesariamente ligado a la respuesta que se dé a la segunda pregunta, referida a si la notificación de la citación de la convocatoria debe ser realizada en formato papel o por medios electrónicos.

Y es que, si convenimos que los concejales están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, tanto la documentación propia de los expedientes que se lleven al pleno, como las notificaciones de las citaciones deben ser facilitadas y realizadas en formato electrónico. Y si mantenemos que no están obligados a relacionarse electrónicamente, ni una ni otras deben ser realizadas de forma electrónica obligatoriamente.

La respuesta nos la ha de ofrecer el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, que señala quiénes están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, entre ellos «los empleados de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración». Esta redacción provoca la duda sobre si los concejales son o no empleados públicos.

2.

a) ¿Es posible invitar a la licitación a la empresa que ha elaborado el pliego técnico?

El artículo 70.1 e) de la LCSP señala que:

El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre

esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336.

Parecida norma del derogado TRLCSP de 2011 ha sido interpretada, entre otras, por la [Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 607/2013, de 4 de diciembre de 2013](#). Conforme a la misma se señala que:

Dos son los requisitos para que concurra la condición especial de incompatibilidad: por una parte, la participación de una empresa en la redacción de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato y, por otra, que de tal participación se derive restricción para la concurrencia o trato privilegiado. Como señala la resolución de este Tribunal 139/2012, de 28 de junio: «La redacción del precepto pone de manifiesto que su objeto no es sino prevenir un posible trato privilegiado que derive de la participación en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato, y precisamente por ello, dice "pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado", con lo cual se previene del hecho de que la tal participación pueda colocar a alguno de los licitadores en posición de ventaja respecto de los otros por conocer de forma previa o con mayor detalle los pormenores de la prestación. Se trata de evitar una situación que resulta difícilmente compatible con los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, y ello aún en el caso de que en el órgano de contratación no exista premeditación alguna en cuanto a la determinación de la persona del adjudicatario».

La incompatibilidad no deriva solamente de la participación directa en la redacción de los pliegos que deben regir la licitación, sino que al referirse el artículo 70.1 tanto a los pliegos como a los documentos preparatorios del contrato, debe entenderse incurso en la condición especial de incompatibilidad a todo aquel que participe de forma directa o indirecta en la determinación del contenido de los citados documentos.

Con ello, se trata de garantizar el principio de igualdad de trato que exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables; y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (véase la [STJUE de 14 de diciembre de 2004, asunto C-210/03](#), en su apartado 70).

El supuesto que nos plantean, la empresa en cuestión ha participado en la elaboración de los pliegos; por lo tanto, se da una de las condiciones previstas en el artículo 70.1 de la LCSP, pues, como hemos visto, la incompatibilidad no deriva solamente de la participación directa en la redacción de los pliegos que deben regir la licitación. Ello no obstante, dicha participación no conlleva sin más la exclusión automática. Será necesario que se cumpla para ello el segundo de los requisitos, es decir, que dicha participación provoque restricciones a la libre concurrencia u otorgue un trato de favor.

Si las otras empresas invitadas a participar en el proceso licitatorio han podido intervenir haciendo aportaciones a los pliegos, aparentemente, no existirá una vulneración de la libre concurrencia.

En definitiva, por el hecho de haber redactado los pliegos se debería excluir de la licitación, salvo que no existan indicios de que tal participación pueda provocar restricciones a la concurrencia o supongan un trato privilegiado.

b) ¿Cuáles serían los modos para la adquisición del terreno para la biblioteca municipal?

En primer lugar, es posible la celebración de un contrato de compraventa de los artículos 1.445 y siguientes del Código Civil. En este caso, en virtud del artículo 9 de la LCSP está excluido de dicha ley.

El artículo 26.2 señala que:

Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus

efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

Respecto a la jurisdicción competente, el artículo 27 especifica que:

1. Serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones:

- a) Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos.
- b) Las que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

Adicionalmente, respecto de los contratos referidos en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo 25 de la presente Ley que estén sujetos a regulación armonizada, las impugnaciones de las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

- c) Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública.
- d) Las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.
- e) Los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en el artículo 44 de esta Ley, así como en el artículo 321.5.
- f) Las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver:

- a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Pú-

blicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.

- b) De las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.
- c) El conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En segundo lugar, si no fuera posible lo anterior, previa la aprobación del correspondiente plan de obras por el ayuntamiento, a tenor del artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, quedaría implícitamente declarada la utilidad pública o interés social de la expropiación.

Finalmente, sería posible un contrato privado de arrendamiento del terreno con las condiciones que ayuntamiento y propietario acordaran, entre otras cuestiones, la duración del contrato. En este caso, sería aplicable lo visto anteriormente para el contrato de compraventa, respecto a su régimen jurídico y jurisdicción competente.

- c) ¿Cómo se conseguiría la agilización de los trámites para iniciar lo más rápido posible la construcción del edificio?
 - Sería posible, a tenor del artículo 119 de la LCSP, la tramitación urgente del expediente cuando su celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada.

Los expedientes calificados de urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las siguientes especialidades:

- a) Los expedientes gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes.
- b) Acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en esta ley para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de 15 días hábiles establecido

en el párrafo primero del artículo 156.3 como período de espera antes de la formalización del contrato.

- c) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a 15 días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada.
- Hubiera sido posible la utilización del procedimiento negociado con o sin publicidad previsto en los artículos 167 y siguientes de la LCSP.
- d) ¿Resulta ajustado a derecho las obras que pretenden llevarse a cabo posteriormente siendo intención del ayuntamiento que las haga el mismo contratista?

Respecto a que es intención del ayuntamiento que las haga el mismo contratista, podría aplicarse el artículo 171 referido a la utilización del procedimiento negociado en contratos de obras, que señala que además de en los casos previstos en el artículo 168.4.^a e), los contratos de obras podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos:

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

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el Informe 7/90, de 28 de marzo de 1990, en «interpretación del artículo 153 del Reglamento General de Contratación que las Obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto», entiende que la expresión «precio del contrato» contenida en el artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado debe interpretarse en el sentido de que comprende no solo el importe del precio de adjudicación del contrato, sino también, en su caso, el de las modificaciones o reformados autorizados y el de aplicación de las cláusulas de revisión de precios y, en consecuencia, que el límite del 20%, para que exista la posibilidad de confiar las obras accesorias o complementarias al adjudicatario de la obra principal, ha de jugar en relación con estos conceptos y no teniendo en cuenta, exclusivamente, el precio de adjudicación.

- e) ¿Es posible realizar la primera notificación al interesado a las 13:00 h y practicar la segunda notificación el mismo día a las 16:01 h?

Lo primero que debemos señalar es que el artículo 51.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señala que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibir las por esta vía. En este sentido el artículo 14.2 especifica que, en todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: a) Las personas jurídicas.

Respecto a la notificación personal mediante entrega de papel, la novedad introducida por la Ley 39/2015 sobre la forma de práctica de las notificaciones en papel viene referida a los requisitos que ha de reunir el segundo intento. Efectivamente, en el artículo 59.2 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se exigía que este se repitiese por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Y la Ley 39/2015 ha añadido «en caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación» (art. 42.2).

Por tanto, es común en ambas regulaciones que el segundo intento se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes, debiéndose cumplir otros requisitos sobre el segundo intento, que son las novedades ahora introducidas en el artículo 42.2.

El ejemplo concreto de la consulta se refiere a un primer intento realizado antes de las 15:00 horas de un determinado día (13:00), planteando si el segundo se puede realizar después de las 15:00 horas y con el intervalo de 3 horas, a las 16.00, pero en el mismo día.

La solución debemos encontrarla a partir del tenor literal del precepto que dice «dentro de los tres días siguientes». Es decir, parece querer decir que el segundo intento debe realizarse a partir del día siguiente y dentro de un cómputo de tres días.

Ciertamente, la jurisprudencia le ha dedicado mayor tratamiento a la interpretación de la expresión «en una hora distinta», que a la de «dentro de los tres días siguientes». Sirve de ejemplo la STS de 10 de noviembre de 2004:

[...] y de otro, porque esa interpretación la exige en parte la norma, cuando dice, dentro de los tres días y en hora distinta, pues, si al legislador le hubiese dado igual el horario concreto, debía haberse limitado a decir que la segunda notifica-

ción se practicará en el día siguiente o en el otro, y no dice eso, sino que dice, dentro de los tres días en hora distinta, y hora distinta a los efectos de la notificación, no es 9:30 cuando la anterior se había realizado a las 10, aunque ciertamente las nueve y las diez sean horas distintas según el diccionario, pues esas horas distintas, se ha de entender a los efectos de la notificación, las que se practican en distintas franjas horarias, como pueden ser, mañana, tarde, primeras horas de la mañana o de la tarde.

La cuestión que nos ocupa es la siguiente: si el segundo intento se puede realizar el mismo día del primero, respetando con el régimen de la anterior Ley 30/1992 en una hora distinta o, con el nuevo régimen de la Ley 39/2015, en una hora distinta y, además, si el primer intento se realizó antes de las 15:00 horas, el segundo intento deberá realizarse después de las 15:00 horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación.

Sobre ello, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de diciembre de 2012 (núm. 3739/2012 [NFJ049799]) tiene dicho:

A la vista de las consideraciones anteriores, este Tribunal Central concluye que la expresión «dentro de los tres días siguientes» del artículo 59.2 in fine de la Ley 30/1992 implica que para que sea válida la notificación por comparecencia del artículo 112 de la Ley 58/2003 General Tributaria, el segundo de los intentos de notificación personal, caso de ser necesario, debe efectuarse en un día distinto a aquel en el que se ha llevado a cabo el primer intento de notificación, no siendo admisible que los dos intentos tengan lugar el mismo día, habiendo de existir además una diferencia horaria entre ambos de, al menos, 60 minutos.

Esta resolución defiende el criterio de la interpretación literal de la ley: el segundo intento se realizará a partir del día siguiente al del primero y dentro de un plazo de tres días. Con esta interpretación, pues, el segundo intento no podría realizarse el mismo día del primero, aunque se realice en una hora distinta, respetando un intervalo de tres horas y un intento en la franja anterior a las 15:00 horas y otro en la franja posterior.

Sin embargo, una interpretación contraria la encontramos en la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012 (recurso de casación núm. 6281/2010):

La única actitud de la representación procesal de la parte recurrente es la pura y simple de que las segundas notificaciones se practicaron en el mismo día y no «dentro de los tres días siguientes», lo que las invalidaría para hacer eficaz la posterior notificación edictal, manteniendo así como puro aserto algo plenamente contradictorio con la doctrina legal en que se funda la sentencia recurrida, en el sentido de que lo único exigido por la norma aplicable es que la notificación «guarde una

diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó la primera», criterio que hemos reiterado en nuestra sentencia de 22 de septiembre de 2011 (recurso de casación núm. 2807/2008 [NFJ044734]), en la que hemos citado entre los defectos calificables como sustanciales con respecto a la forma de practicar las notificaciones edictales el de que no se hubiese producido el segundo intento de notificación transcurrida una hora desde el primero, con cita de la de 28 de octubre de 2004, lo que en definitiva nos lleva a desestimar ambos motivos.

Esta doctrina parte de que el único requisito del segundo intento es que se realice con un intervalo de una hora, en un plazo de tres días y, ahora, con el nuevo régimen de la Ley 39/2015, cumpliendo el requisito señalado de respetar un intervalo de tres horas y un intento en la franja anterior a las 15:00 horas y otro en la franja posterior. Pero sí se admitiría el segundo intento el mismo día.

A pesar de esta contradicción interpretativa, debemos posicionarnos siempre en favor de la literalidad de la norma, sobre todo cuando esta ha sido valorada de nuevo por el legislador al realizar la reforma de 2015 y, siendo consciente o debiendo serlo de la duda y contradicción hermenéutica existente, ha mantenido la misma redacción de la que no cabe duda que quiere decir que, dentro de los tres días siguientes, excluye el mismo día del primer intento.

Por tanto, nos posicionamos con la interpretación de que el segundo intento no se puede realizar el mismo día del primer intento, sino a partir del siguiente y en un plazo de tres días.

f) ¿Interpretó correctamente el contratista su solicitud de pagos de intereses de demora?

La disposición final cuarta de la LCSP señala que:

1. Los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias.

2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.

- g) Indique el órgano competente para la aprobación de la certificación final de las obras y el competente para la aprobación del resto de certificaciones que se van efectuando cada mes, respecto a las obras ejecutadas por el contratista.

El 198.4 de la LCSP dispone que:

La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 y en el apartado 1 del artículo 243, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio.

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono.

Es claro que la certificación final de las obras debe ser aprobada por el órgano de contratación, en este caso el pleno del ayuntamiento, pero nada dice respecto a quién corresponde aprobar el resto de las certificaciones de obras. En este sentido, las certificaciones de obra se vinculan a la ejecución del contrato. En ellas se recoge la obra ejecutada durante cada mes por el contratista.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 7/2000, de 11 abril indica que, una vez expedida la certificación de obras «la secuencia presupuestaria de ejecución del contrato, previo cumplimiento del trámite de fiscalización por la intervención, debe ser aprobada por el órgano de contratación para el reconocimiento y pago de la obligación contraída».

Ello implica que resulte necesario acudir a la legislación presupuestaria de las entidades locales para determinar quién es el órgano competente para reconocer obligaciones. En este sentido, el artículo 185 del Texto Refundido 2/2004, por el que se aprueba la Ley de Haciendas Locales, establece que la competencia para el reconocimiento y liquidación de las obligaciones derivadas de compromisos de gastos legalmente adquiridos corresponde al presidente de la corporación.

Simultáneamente a la aprobación de la certificación de obra o una vez aprobada la misma, tendrá que expedirse por el contratista la correspondiente factura, que coincidirá con el importe de la certificación aprobada, teniendo también el carácter de documento cuenta de la factura total del precio del contrato.

3. ¿La ordenanza fiscal podría considerarse nula por ese error en la publicación?

Frente al procedimiento general regulado en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local para la aprobación de las ordenanzas locales, el artículo 17 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, regula el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales.

Dicho artículo 17 exige que los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se publiquen para exposición al público en el tablón de anuncios de la entidad durante 30 días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

Añade también que «las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial».

Y complementa la exigencia del sometimiento a información pública de la ordenanza fiscal para las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes, exigiendo la publicación, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.

Una vez aprobada definitivamente la ordenanza fiscal o considerado definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario para el caso de que no hayan presentado alegaciones, el correspondiente acuerdo y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones será publicado en el boletín oficial de la

provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

Repárese que en el trámite de información pública se publica el acuerdo provisional de aprobación de la ordenanza fiscal, mientras que el texto íntegro de la ordenanza se publica junto con el acuerdo de aprobación definitiva o con la elevación a definitivo del acuerdo de aprobación provisional si no constan alegaciones.

En este caso, se indica que no se publicó el texto íntegro de la ordenanza fiscal junto con el acuerdo provisional elevado a definitivo ni en el boletín oficial ni en el propio tablón, pues la publicación en este se realizó antes de alcanzar el acuerdo categoría de definitivo.

En un supuesto de omisión en la elaboración de una disposición general del trámite de audiencia a través de la exposición en el tablón de anuncios de la corporación del acuerdo de aprobación inicial, ha sido considerado por el Tribunal Supremo como motivo de nulidad de pleno derecho:

Ineludible es, por lo tanto, el cumplimiento conjunto de los dos mecanismos previstos en la Ley (la publicación en el Boletín Oficial y la Exposición en el Tablón de Anuncios) para dar conocimiento y audiencia a los interesados, a los efectos vistos, de las modificaciones de Ordenanzas o disposiciones generales que puedan afectarles; hasta el punto de que, si se omite uno de ellos, como aquí ha ocurrido, limitándose así las garantías de los potenciales contribuyentes, tales modificaciones son nulas y, en consecuencia, ineficaces y carentes de habilitación normativa las liquidaciones tributarias que en ellas se basan.

Más recientemente, la STS de 10 de mayo de 2012 (recurso de casación núm. 1424/2008 [NFJ048424]), referida a un supuesto falta de publicación de los acuerdos definitivos adoptados por el plenario municipal, tiene dicho:

De ello se deduce que las Ordenanzas fiscales, tenidas como actos normativos y reglamentarios, nunca fueron tramitadas en forma y publicadas oportunamente, lo que supone su falta de validez y eficacia, la ausencia de efectos jurídicos y su inexigibilidad por no haber llegado a entrar en vigor.

Esta sentencia reproduce jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo con distinta casuística sobre deficiencias en los trámites de exposición al público de los acuerdos de aprobación provisional de ordenanzas fiscales y de las ordenanzas una vez aprobadas definitivamente, predicando respecto de dichas actuaciones la nulidad de pleno derecho.

En conclusión, la deficiente publicación no afectará al procedimiento de aprobación de la ordenanza fiscal, sino a su eficacia, adquiriéndose esta con la completa publicación del texto de la ordenanza en el boletín oficial.



Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 7/1985 (LRBRL), art. 77.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 14, 26, 27, 42, 51, 59, 70 y 75.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 9, 26, 27, 70, 119, 167, 168, 171, 198 y disposición final cuarta.
- Real Decreto Legislativo 2/2004 (TRLHL), arts. 17 y 49.
- Real Decreto 2568/1986, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, art. 15.
- STS, Sala 3.^a, de 11 de mayo de 2012.
- Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de diciembre de 2012 y 4 de diciembre de 2013.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/1990, de 28 de marzo y 7/2000, de 11 de abril.