

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. DE NUEVO SOBRE TASAS Y TARIFAS TRAS LA MODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

La naturaleza jurídica de la contraprestación de un servicio público —tasa o tarifa— ha sido un tema largamente debatido por la jurisprudencia y la doctrina.

El Tribunal Supremo fijó su doctrina estableciendo que si el servicio era prestado directamente por la Administración debería ser retribuido mediante tasa, ejercitando la Administración titular del servicio su potestad tributaria. Por el contrario, si el servicio era gestionado indirectamente, la retribución del gestor privado constituiría una tarifa, fijada por la Administración en uso de su potestad tarifaria.

Esta doctrina se vio alterada por la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 en la que se llevó a cabo una interpretación amplia del concepto de prestación patrimonial de carácter público y del principio de reserva de ley. De lo dispuesto en esta sentencia se llegó a la conclusión —que no compartimos— de que toda contraprestación «obligatoria», en los términos de la sentencia, debía tener naturaleza tributaria para así cumplir con el principio de reserva de ley. Por tanto, la contraprestación de un servicio obligatorio, como el suministro del agua, sólo podría ser mediante tasa.

Esta conclusión se llevó a la ley. El artículo 2, apartado 2, letra a) de la Ley General Tributaria de 2003 se modificó para decir que eran tasas las contraprestaciones por el servicio prestado en régimen de derecho público, añadiéndose que por régimen de derecho público debía entenderse la prestación «mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público». Consecuentemente, el Tribunal Supremo

modificó su doctrina y atribuyó carácter de tasa a toda contraprestación por la prestación de un servicio, al margen de cual fuera su forma de prestación.

El marco normativo cambia de nuevo cuando la Ley de Economía Sostenible, 2/2011 de 4 de marzo, en su disposición final 58 establece que «se suprime el segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2012, rec. 62/2010, se pronuncia sobre la naturaleza de la retribución del servicio domiciliario de agua bajo la vigencia de la Ley General Tributaria antes de ser modificada por la Ley de Economía Sostenible. El Tribunal recuerda todo el debate suscitado en torno a esta cuestión y concluye que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2,2-a de la Ley General Tributaria debe afirmar que la retribución por el servicio de suministro domiciliario de agua era una tasa. Pero añade (y esto es lo verdaderamente importante para determinar el régimen vigente), «lo expuesto es consecuencia de la interpretación que del régimen jurídico vigente en cada caso ha hecho esta Sala. Parece claro que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a, llevada a cabo en 2011 por la Ley de Economía Sostenible, abre un panorama diferente».

Por tanto, todo parece indicar que hemos vuelto a la doctrina anterior y a la distinción entre los conceptos de tasa y tarifa, de potestad tributaria y potestad tarifaria, sin perjuicio de que la tarifa pueda a su vez calificarse de prestación patrimonial de carácter público, pero sin que de ello se derive su conversión en tasa (JT).

II. ¿LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS AL AMPARO DE UNA LEY CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN SON VÁLIDOS Y NO PUEDEN SER REVISADOS DE OFICIO? LA STS SOBRE LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE PERSONAS EN LA RÍA DE VIGO

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2012 (Sección 7.^a; recurso núm. 7113/2010) posiblemente dará que hablar. En ella, el Alto tribunal llega a la conclusión, ciertamente discutible, de que un acto administrativo dictado por la Administración española en aplicación de una ley interna, que posteriormente es declarada contraria al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia, no es originariamente inválido ni puede, por tanto, ser objeto de revisión de oficio. En conexión con lo anterior, la Sentencia también niega que la Administración española pueda inaplicar una ley contraria al Derecho de la Unión, considerando que ello les corresponde en exclusiva a los Tribunales.

En 1999, el parlamento gallego aprobó la Ley 4/1999, de 9 de abril, que declaró de servicio público de titularidad de la Xunta de Galicia el transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo y estableció que éste se gestionaría indirectamente, en régimen de monopolio, mediante concesión por un plazo máximo de duración de 20 años, prorrogables por otros 10, previo concurso celebrado al efecto. El referido concurso tuvo lugar al cabo de pocos meses y la concesión se adjudicó a la empresa «Naviera Mar de Ons, S.L.» mediante resolución de 5 de octubre de 1999 del *conselleiro de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes*. No obstante, la Comisión europea interpuso contra la ley gallega un recurso por incumplimiento por parte de la Comisión Europea, y el Tribunal de Justicia de la Unión declaró, mediante sentencia de 9 de marzo de 2006 (As. C-323/03, Comisión/España), que dicha ley infringía los artículos 1, 4, 7 y 9 del Reglamento (CEE) n.º 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), al permitir conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años e incluir como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría, permitir someter a obligaciones de servicio público los servicios de transporte estacionales con las islas o los servicios de transporte regulares entre puertos continentales, y no haber consultado el proyecto de ley a la Comisión, tal como exige el citado reglamento. En cumplimiento de dicha sentencia, el 6 de mayo de 2008 el Parlamento gallego aprobó la Ley 2/2008, por la que se desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia, cuya disposición derogatoria única derogó la Ley 4/1999.

Paralelamente, el 22 de febrero de 2008 la Administración gallega había iniciado un procedimiento de revisión de oficio del contrato adjudicado a la naviera que, tras obtener el dictamen favorable del *Consello Consultivo* de Galicia (Dictamen 648/08), concluyó mediante resolución de 17 de julio de 2008 en la que se declaró la nulidad de pleno derecho de dicha concesión administrativa, sobre la base del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. Dicha resolución fue impugnada por la naviera, pero fue confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de septiembre de 2010 (Sección 2.ª; recurso núm. 4586/2008), salvo en lo relativo a la garantía definitiva, que ordenó devolver a aquélla.

En cambio, la presente sentencia del Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la naviera contra esta sentencia del TSJ, al considerar que el acto administrativo que dio lugar a la

concesión no era inválido en su origen ni procede, por tanto, revisarlo de oficio.

A juicio del Tribunal, la Ley gallega, pese a ser contraria al Derecho de la Unión, no es nula, como venía a sostener la sentencia de instancia, porque «entre aquella [ley] (incluidas las de las Comunidades Autónomas) y los Reglamentos Comunitarios no existe una relación de jerarquía, de la que, en su caso, pudiera derivar la nulidad de la Ley nacional opuesta al Reglamento comunitario, sino una relación de prevalencia a la hora de la aplicación de la una o de otra. La nulidad de una norma con rango de Ley sólo puede producirse, en su caso, por contradicción con la Constitución (art. 93 CE), y es claro que en nuestro sistema legal el ordenamiento comunitario, ni originario ni derivado, tiene rango constitucional [...]. En línea con lo expuesto, en modo alguno cabe entender que ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda declarar la nulidad de una Ley de uno de sus estados miembros, ni que una Sentencia de aquél, dictada en un proceso por incumplimiento, en el que se analiza el efecto de una Ley nacional y se declare respecto a la misma que incurre en incumplimiento de la normativa comunitaria, pueda equivaler a una declaración de nulidad de la Ley nacional analizada, ni afectante de modo inmediato a su validez y vigencia» (FJ 6.º B). El Tribunal concluye de ello que la Ley 4/1999 no se vio afectada en su validez por la Sentencia del Tribunal de Justicia y que estuvo plenamente vigente hasta su derogación por parte de la Ley 2/2008.

A continuación, el Tribunal señala que, partiendo de dicha base, la cuestión relativa a la validez o invalidez del acto administrativo posterior de concesión dictado al amparo de la ley constituye «*un típico problema de derecho transitorio: el referible a la validez y eficacia de los actos nacidos al amparo de una ley derogada, y no amparados por la que la sustituye*». Como tal problema de derecho transitorio podría, y en este caso probablemente debería, haberse regulado en la Ley 2/2008 del Parlamento Gallego. Pero, dado su silencio sobre el particular que nos ocupa (régimen de los actos nacido bajo el amparo de la Ley derogada), conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Civil, es obligado acudir, como modelo genérico de Derecho Transitorio, a las disposiciones de tal tipo del propio Código Civil, y en concreto en cuanto a las aplicables al caso actual, a las Transitorias Primera («Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca...») y Segunda («Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas...»). Con arreglo a dichas Transitorias *la concesión de que tratamos,*

en el puro plano de la legislación interna, estatal y autonómica de Galicia, es una concesión válida y eficaz, en principio, en modo alguno afectada en origen del vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, como la resolución administrativa recurrida en el proceso y la Sentencia dictada respecto a ella y ahora recurrida en casación han estimado de consuno» (FJ 6.º C; la cursiva es nuestra).

Para el Tribunal, discrepando del TSJ, la Administración no podía haber actuado de otro modo al adjudicar la concesión: «en este caso ni tan siquiera puede imputarse a la Administración, que dictó el acto concesional con estricta sujeción a la Ley 4/1999, que errase en el juicio de prevalencia, lo que no estaba a su alcance, pues tal juicio, en su caso, correspondería, si se impugnase ante ella la concesión, a la Jurisdicción, y no a la Administración. Esta por tanto no podría ser directamente responsable del incumplimiento de la normativa comunitaria. *La Administración por imperio del artículo 103.1 CE, dada su plena sumisión a la Ley, no podría dejar de aplicar en el caso concreto la Ley 4/1999.* El incumplimiento de la normativa comunitaria no era así imputable a la Administración, sino directamente al legislador. Ello independientemente de que el acto concesional debiera estar llamado a desaparecer» (FJ 6.º C; la cursiva es nuestra).

Prosigue la sentencia afirmando que «vicio de origen en el contrato no existía, en términos de validez, independientemente de que la ley que lo amparaba supusiera un incumplimiento de la normativa comunitaria, que debiera, en su caso, ser corregido» y que «[e]l incumplimiento de la normativa comunitaria por el legislador gallego y el acto concesional, correctamente ajustado a la ley, discurren en planos jurídicos distintos, desde la clave de la validez» (FJ 6.º C), para terminar concluyendo que «*excluidas la nulidad de la Ley en cuya aplicación se otorgó la concesión y excluida la nulidad de ésta, acordada en aplicación de una ley en su momento válida y vigente, es visto que no cabe la revisión de oficio, ex artículo 102.1 en relación con el artículo 62.1 de la Ley 30/1992*» (FJ 6.º D; la cursiva es nuestra).

El Tribunal Supremo, a continuación, considera, a mayor abundamiento, que la resolución y la sentencia recurridas efectúan una interpretación indebida de la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. Para la Administración y el TSJ, la contrariedad de la ley aplicada al Derecho de la Unión comportaba que faltara un requisito esencial para la concesión y que fuera por ello de aplicación la referida causa de nulidad. Para el Tribunal Supremo, en cambio, suscribiendo lo mantenido por la recurrente, «[l]as causas de nulidad radical deben interpretarse de manera restrictiva; y la dicción literal del apartado f) no deja dudas a que se refiere a que, en este caso *el adjudicatario de*

la *concesión*, carezca de los requisitos esenciales para la adquisición (capacidad de obrar, solvencia económica, financiera...), interpretación que se refuerza con la lectura del artículo 62.b) del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» (FJ 7.º; la cursiva es nuestra).

En opinión del Tribunal, en caso —según parece— de que la concesión contraria al Derecho de la Unión no se hubiera concedido al amparo de una ley válida y vigente, solo podría plantearse, a lo sumo, su *anulabilidad*, en virtud de la cláusula general del artículo 63 de la Ley 30/1992, quedando esta sujeta al procedimiento de declaración de lesividad, que la Administración no ha observado y cuyo plazo de ejercicio de cuatro años ya ha transcurrido: «En un plano especulativo tal vez pudiera plantearse si la contradicción de la concesión con el ordenamiento comunitario, pudiera ser considerado como una infracción del ordenamiento jurídico, en la medida en que el comunitario forma hoy parte de nuestro ordenamiento, y si en tal caso, el caso en debate pudiera encuadrarse en el supuesto legal del artículo 63.1 Ley 30/1992 [...]. Pero sin profundizar en tal planteamiento hipotético, por innecesario en este caso, lo que es claro, es que, aunque se llegara a la conclusión de que la concesión cuestionada, si no nula de pleno derecho, pudiera tal vez ser anulable, para que la Administración pudiera anularla, debiera atenerse al procedimiento y plazos de anulación establecidos en el artículo 103 de la Ley 30/1992, lo que no ha tenido lugar en este caso actual» (FJ 7.º). Por todo ello, el tribunal termina anulando la Sentencia del TSJ, al no existir la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992.

El Tribunal, en cambio, desestima la que en realidad constituía la pretensión principal de la recurrente: que se declarara que el contrato, no siendo nulo, había sido resuelto o bien por supresión legal del servicio basada en razones de interés público, o bien por imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato [letras c) y d) del artículo 167 del entonces vigente Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —TRLCAP—], y que se condenara a la Administración a abonar a la naviera, en concepto de indemnización, los beneficios futuros que ha dejado de percibir tras la supresión legal del monopolio, tal como establecía el artículo 169.4 TRLCAP (y sigue estableciendo el artículo 288.4 del vigente Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) en caso de concurrencia de uno u otro supuesto de resolución contractual. Según la naviera, contando con que todavía le quedaban 12 años de concesión más 10 de posible prórroga cuando la Ley de 2008 suprimió el monopolio, ello se traduciría en una indemnización de 27,5 millones de euros. El Tribunal Supremo no entra en

el asunto y desestima el motivo limitándose a señalar que «en tanto no se tramite el oportuno expediente de resolución del contrato, a instancia de la Administración o del adjudicatario, no procede que los Tribunales se pronuncien sobre la existencia de causa de resolución del contrato» (FJ 11.º).

La presente Sentencia suscita numerosos interrogantes a la luz del principio de primacía del Derecho de la Unión. Es cierto que, pese a alguna afirmación excesiva del Tribunal de Justicia en la Sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978 (As. 106/77), luego matizada por el propio tribunal tras las críticas doctrinales recibidas, el principio de primacía del Derecho de la Unión no supone su superioridad jerárquica frente a los ordenamientos de los Estados miembros ni comporta necesariamente la invalidez de las normas nacionales que lo contradigan. Como acertadamente señala el Tribunal Supremo, la relación entre las normas de la Unión y las leyes españolas no es de jerarquía, sino de prevalencia en cuanto a la aplicación de unas y otras. El efecto más destacado del principio de primacía es, así, la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, no su invalidez.

¿Pero significa ello que los *actos administrativos de aplicación* de las normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión son también válidos? ¿La invalidez de los actos administrativos contrarios al Derecho de la Unión no es una consecuencia necesaria de los principios de primacía y de legalidad (art. 103.1 CE)? El Derecho de la Unión, plenamente vigente en España y fuente del Derecho de obligatoria y preferente observancia, ¿no constituye un parámetro de *validez* de la actuación de todas las Administraciones españolas? ¿La Administración española solo debe ejecutar la ley nacional o también el Derecho de la Unión? ¿Qué consecuencias cabe extraer del hecho de que los artículos 86.4 y 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permitan expresamente fundar el recurso de casación ante el Tribunal Supremo en la «infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo»? Aunque la Ley 30/1992, ciertamente, no incluya una previsión semejante que declare de forma expresa la invalidez de los actos administrativos contrarios al Derecho de la Unión, ¿no debe considerarse que en tales supuestos la invalidez puede y debe reconducirse en todo caso a alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 o, en su defecto, a la cláusula general de anulabilidad del artículo 63, como han sostenido numerosos autores? ¿Cómo se cohonestan la postura mantenida en esta Sentencia con el hecho de que el propio Tribunal Supremo haya declarado en numerosas ocasiones la nulidad de pleno derecho y no ya la mera inaplicabilidad de los reglamentos contrarios al Derecho de la Unión (p. ej., la STS de la Sección 5.ª de

1 de junio de 2010, recurso núm. 114/2007)? ¿Y con la admisión jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la infracción del Derecho de la Unión? (p. ej., en la STS de 12 de junio de 2003 —Sección 6.ª, recurso núm. 46/1999—).

En cuanto a la negativa a admitir la posibilidad de que la Administración española —a diferencia de los tribunales— inaplique normas de rango legal, contrarias al Derecho de la Unión, ¿resulta compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que desde hace más de veinte años viene señalando que todas las Administraciones nacionales, incluidas las autonómicas y locales, y no solo los órganos jurisdiccionales, tienen la obligación de inaplicar las normas internas —incluso de rango legal— que vulneren el Derecho de la Unión (STJ de 22 de junio de 1989, As. 103/88, *Fratelli Costanzo*, apdos. 28 y sigs., reiterada, entre otras, por la STJ de 14 de octubre de 2010, As. C-243/09, *Fuß*, apdos. 61 y 63)? ¿Tiene alguna relevancia el hecho de que el Derecho español vigente no parezca admitir la inaplicación administrativa de leyes inconstitucionales (aunque ello sea debatido en nuestra doctrina *de lege lata* y *de lege ferenda*, como lo es en otros países) y que la propia jurisprudencia apuntada del Tribunal de Justicia haya sido objeto de crítica, en la medida en que las Administraciones nacionales, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, no tienen a su disposición la posibilidad de plantearle cuestión prejudicial?

En el presente asunto, ¿la cuestión a debatir no debería haber sido tanto la validez o invalidez del acto concesional como el alcance de los poderes de revisión de la Administración de actos inválidos y el papel que eventualmente podía —o no— corresponder al principio de protección de la confianza legítima, a la luz del Derecho interno y de la Unión y de los principios comunitarios de equivalencia y efectividad?

Son muchos interrogantes, que no pueden ser abordados en el breve espacio de una nota, y que trataremos de responder en otro lugar (OM y TF).

III. LOS LÍMITES DE LA COLABORACIÓN PRIVADA: LA EXTERNALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DE EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS

En el origen de la Sentencia de 18 de julio de 2012, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Supremo, está la impugnación de la Resolución de 30 de enero de 2006 de la Consejería de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Generalidad Valenciana, en cuya virtud se adjudicaron concesiones para la explotación

de programas de televisión digital terrestre con cobertura local. Desestimado el recurso administrativo de alzada por Resolución de 12 de abril de 2006 de la Subsecretaría de la Presidencia de la misma Generalidad, se interpuso entonces el correspondiente recurso contencioso-administrativo, que dió lugar a la Sentencia desestimatoria de 18 de julio de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Finalmente, contra ella se interpone recurso de casación que es resuelto en sentido favorable por la Sentencia de 18 de julio de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Supremo.

En lo que ahora nos interesa destacar, uno de los motivos en los que se funda el recurso de casación es la presunta vulneración de la legislación de contratos en tanto que la mesa de contratación no habría cumplido su obligación de ponderar los criterios de valoración establecidos en las bases de la convocatoria del concurso. Y ello sobre la base de que se habría producido indebidamente una total externalización de esa labor en favor de una entidad privada.

La controversia arranca con la Resolución de 1 de julio de 2005 de la citada Consejería valenciana, mediante la cual se convocó concurso público, mediante procedimiento abierto, para la adjudicación de programas de televisión digital terrestre de cobertura local en la Comunidad Autónoma y, además, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por los que había de regirse el concurso.

En concreto, la cláusula 16.d) del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el apartado relativo a la «evaluación de las ofertas», dispone que: «se procederá con el asesoramiento técnico y petición de informes que, si corresponde, se estimen y consideren necesarios, a la evaluación de las ofertas por la mesa de contratación y a la elevación de la propuesta de resolución al órgano de contratación». A su vez, la cláusula 24 del mismo pliego añade: «la mesa de contratación evaluará las proposiciones de acuerdo con los siguientes aspectos: propuesta tecnológica, propuesta económica, programación. La puntuación total de la oferta será el resultado de adicionar las puntuaciones parciales obtenidas para cada grupo de evaluación. Finalizado el proceso de valoración la presidencia de la mesa de contratación elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación».

Las reglas aplicables al concurso, esto es, la «ley del concurso», en palabras del Tribunal Supremo, se contienen, además de en las cláusulas reproducidas del pliego, en el hoy ya derogado artículo 88.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, según el

cual: «La mesa de contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del contrato». Subrayamos que, a tenor de este redactado legal, la propuesta de la mesa de contratación debe incluir «en todo caso» la «ponderación» de los criterios indicados en los pliegos.

En el caso que se enjuicia, la función de ponderación de las ofertas presentadas, en opinión del Tribunal Supremo, «se delega o externaliza a una empresa» privada, «cuyo objeto es, precisamente, realizar: el resumen ejecutivo de la valoración efectuada para cada lote concursal con base en la ponderación de los criterios del pliego a modo de recomendación a la mesa de contratación. Cuadros analíticos y cuantitativos de la valoración efectuada de cada una de las ofertas para cada uno de los criterios del pliego. Breve argumentación de las valoraciones de las mejores ofertas licitadoras para cada criterio de valoración». Y es, justamente, el alcance de esa «delegación» o «externalización» lo que se discute.

Para la Sentencia, está claro que la mesa de contratación puede recabar asesoramiento técnico externo: «no ofrece duda (...) la posibilidad de realizar una recomendación a la mesa de contratación a modo de informe de asesoramiento y, prueba de ello es que el propio pliego en la cláusula 16.d) admite, previamente a la evaluación de las ofertas por la mesa de contratación, recabar el asesoramiento técnico y petición de informes que se consideren necesarios, es más, aquella puede requerir en cualquier momento del proceso la asistencia de asesores externos, que podrán asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones que se consideren oportunas». De manera que concluye: «por tanto, el recurso a un asesoramiento externo es posible».

Ahora bien, el límite que señala el Tribunal Supremo es que admitir la posibilidad de asesoramiento externo «no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa, dando por buena su valoración, incumpliendo la mesa de contratación de forma flagrante su función de valorar las ofertas que es propia e indelegable». Por tanto, a juicio del Tribunal, la ponderación de las ofertas es una función «propia e indelegable» de la mesa de contratación, atribuida «en exclusiva» a ella. En definitiva, «la ley del concurso», compuesta, como hemos dicho, por la legislación de contratos y el pliego de cláusulas administrativas particulares, «imponían a la mesa de contratación ponderar o valorar las ofertas presentadas». Sin que pueda hacer dejación de dicha labor.

El fundamento de la reserva de esta función a la mesa de contratación

debe encontrarse, según señala la Sentencia, en que solamente este órgano, y no una entidad privada, ofrece una garantía suficiente de objetividad e imparcialidad, sobre la que se asienta la presunción de acierto en la decisión que se adopte: «Nótese que la discrecionalidad técnica es la consecuencia de la decisión adoptada por un órgano compuesto por personas que, por formar parte de la Administración y gozar de determinados conocimientos técnicos en la materia de que se trate, reúnen sobre todo la garantía de objetividad e imparcialidad, que no es propia de una entidad privada. Esa garantía se ve reforzada por la posibilidad de cualquier interesado de recusar a los miembros del órgano técnico en caso de apreciar dudas sobre su objetividad e imparcialidad. De ahí la necesidad de que en materia de contratación sea la mesa de contratación el órgano que valore, de conformidad con la ley y lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las ofertas a fin de seleccionar la más idónea. Por el contrario, si, como aquí ha sucedido, la valoración la realiza directamente una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, pero carece de las notas de objetividad e imparcialidad que es propia de los órganos técnicos de la Administración, se omiten los fundamentos sobre los que se asienta su presunción de acierto».

Termina su razonamiento el Tribunal afirmando que «cuestión distinta sería si, a partir de la valoración hecha» por la empresa privada, «la mesa de contratación hubiera matizado, modulado o corregido dichos criterios, es decir, se hubiera servido de esa evaluación previa, basada en el conocimiento y experiencia técnica» de aquella empresa, «para hacer su propia valoración». Pero como «ello no ha sido así», la Sentencia entiende que hay un «incumplimiento de la función propia de la comisión de valoración de ponderar los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares». De lo que cabe concluir, siguiendo el hilo argumental de la Sentencia, que es posible la colaboración de la empresa privada dentro del ejercicio de la función, cumpliendo una labor de asistencia técnica, pero no su total traslado con una mera asunción formal del resultado por la Administración titular de dicha función (AG).

IV. CARÁCTER PRECEPTIVO Y VINCULANTE DEL INFORME DE LAS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS SOBRE SUFICIENCIA DE RECURSOS HÍDRICOS PARA NUEVOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS, SIN QUE PUEDA SUSTITUIRSE POR EL DE ENTIDADES COLABORADORAS

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5.^a) ha declarado haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado

contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1.^a) que inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración General del Estado contra el acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 31 de julio de 2006 por el que se aprobó, condicionada a determinadas correcciones formales, la modificación n.º 7 del Plan General y el Plan Parcial Sector 6 «El Realenc» de Carcaixent que proyectaba un nuevo desarrollo urbanístico. Y, por consiguiente, anula esta sentencia, así como también estima el recurso contencioso-administrativo declarando nulo dicho acuerdo.

La cuestión central objeto de la sentencia que comentamos es la que motivó el voto desfavorable del representante del Ministerio de Medio Ambiente al acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 31 de julio de 2006, en relación a la disponibilidad y compatibilidad de recursos hídricos para el desarrollo urbanístico proyectado, y a la falta de idoneidad de las empresas suministradoras de agua para emitir tal clase de informe sustituyendo el de la Confederación Hidrográfica.

Antes de examinar esta cuestión, debemos prestar atención a la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que declaró la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por considerar que la aprobación del planeamiento urbanístico supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones es una actuación administrativa no susceptible de impugnación al entender que aún no existe una aprobación definitiva. En este caso, las condiciones se referían a presentar un texto refundido que incorporase las medidas correctoras de la estación depuradora, un plano sobre la zona de servidumbre y la afección a un barranco y la autorización de vertido a este barranco por parte de la Confederación Hidrográfica del Júcar. El fundamento de Derecho 2 de la Sentencia del Tribunal Supremo muestra su total disconformidad con esta causa de inadmisión porque, según una jurisprudencia consolidada, el acuerdo de aprobación definitiva de un planeamiento urbanístico no pierde dicho carácter por el hecho de que se supedite a determinadas condiciones sin que deba ser sometido a una ulterior aprobación una vez comprobado el cumplimiento de dichas condiciones. De esta manera, la falta de publicación de un planeamiento urbanístico no convierte el acuerdo de aprobación definitiva en un acto de trámite sino que nos encontramos con una disposición válida pero ineficaz.

Rechazada la causa de inadmisibilidad, el Tribunal Supremo examina los dos siguientes aspectos relativos al fondo: la naturaleza precepti-

va y vinculante del informe de las Confederaciones Hidrográficas sobre suficiencia de recursos hídricos para nuevos desarrollos urbanísticos, y si dicho informe puede ser sustituido por otro de entidades colaboradoras autorizadas para el suministro de agua.

La primera cuestión relativa a la naturaleza del informe de las Confederaciones Hidrográficas sobre la suficiencia de recursos hídricos para nuevos desarrollos urbanísticos ocupa la mayor atención de la Sentencia (fundamentos de Derecho 5 a 8) y sienta los dos siguientes postulados.

Primero, el informe de las Confederaciones Hidrográficas, tantas veces citado, es previo y preceptivo por exigencia del apartado cuarto del artículo 25 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (según modificación de la Ley 11/2005, de 22 de junio) sin que sea necesaria ninguna concreción reglamentaria posterior. Así, se rechaza la argumentación de que no hay obligación de requerir dicho informe mientras no se apruebe el desarrollo reglamentario previsto por este precepto para especificar los supuestos en que debe exigirse este informe. Se considera que dicha remisión reglamentaria no opera respecto a los supuestos descritos e individualizados de forma suficiente en la Ley de Aguas como el previsto en el propio apartado cuarto del artículo 25 *in fine*: «Cuando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas. El informe se entenderá desfavorable si no se emite en el plazo establecido al efecto».

En el presente caso, la Confederación Hidrográfica del Júcar es el organismo competente para emitir el informe por tratarse de una cuenca intercomunitaria. Pero conviene señalar que dicho informe corresponderá a las Administraciones hidráulicas de aquellas Comunidades Autónomas que, en virtud de sus estatutos de autonomía, ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico de cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su ámbito territorial, tal como reconoce la disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

Segundo, el informe de las Confederaciones Hidrográficas sobre la suficiencia de recursos hídricos para nuevos desarrollos urbanísticos, también es vinculante en virtud de lo que dispone el apartado cuarto de la disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública. La Sentencia rechaza la objeción de que este apartado cuarto relativo al carácter vinculante del in-

forme estatal, sea sólo de aplicación a la planificación urbanística cuando afecte a obras públicas de interés general a las cuales hacen referencia los apartados primero a tercero de la citada disposición adicional segunda. Se considera que el apartado cuarto, a diferencia de los anteriores, se extiende genéricamente a cualesquiera procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales, las cuales no se limitan al reducido ámbito de las obras públicas de interés general. Esta interpretación literal y sistemática se refuerza con dos argumentos adicionales. El primero parte de la prevalencia de las competencias exclusivas estatales sobre otras competencias exclusivas autonómicas, como las urbanísticas, cuando operan sobre un mismo espacio físico, siempre que el conflicto competencial no haya podido ser resuelto por cauces de composición voluntaria (técnicas de cooperación o colaboración), y que las competencias estatales se mantengan dentro de sus propios límites sin utilizarlas para aprobar una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio o del urbanismo. Y el segundo se basa en la remisión que el artículo 83.3 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana realiza a la disposición adicional segunda (por tanto, también a su apartado cuarto) de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública. Este precepto de la Ley valenciana establece, en relación a los informes de la administración general del Estado en la tramitación de planes generales, que «su carácter, plazo de emisión y efectos serán los establecidos en la disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, o en la legislación sectorial estatal que resulte aplicable».

A pesar de que no es de aplicación al presente caso por motivos temporales, a la Sentencia que comentamos no le pasa por alto que el artículo 15.3.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo no caracteriza el informe sobre suficiencia de recursos hídricos como «vinculante» sino como «determinante», y que admite la posibilidad de disentir del mismo por más que de forma expresamente motivada. El Tribunal Supremo reconoce que no puede considerarse como un informe vinculante desde un punto de vista formal, pero afirma que se aproxima a este carácter desde el plano material o sustantivo por disponer de un valor reforzado que obliga a motivar de forma expresa en caso de disentir del mismo. Si bien, esta argumentación confunde estos dos tipos de informes, la sentencia se basa en otra justificación para sustentar materialmente, en el presente caso, el carácter también vinculante de dicho informe determinante sobre suficiencia de recursos hídricos. Se considera que la posibilidad de apartar-

se motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que corresponde a la Administración que tenga la competencia sobre la materia a la que se refiera el informe. Así, se afirma que «un hipotético apartamiento del informe sobre suficiencia de recursos hídricos sólo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación y competencia del órgano decisor (autonómico en este caso), y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito e invadan lo que sólo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues no está en manos de las Comunidades Autónomas disponer de la competencia exclusiva estatal. Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante».

Finalmente, la segunda cuestión de fondo que examina la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere a si dicho informe de las Confederaciones Hidrográficas puede ser sustituido por otro de entidades colaboradoras autorizadas para el suministro de agua, lo cual es objeto del Fundamento de Derecho 9. Ello se plantea porque el artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje (modificada por la Ley 16/2005) establece que la implantación de usos (residenciales, industriales, terciarios, agrícolas u otros) que impliquen un incremento del consumo de agua, requerirá la previa obtención de un informe del organismo de cuenca competente o de una entidad colaboradora autorizada para el suministro, sobre su disponibilidad y la compatibilidad de dicho incremento con las previsiones de los planes hidrológicos, además de la no afectación o menoscabo a otros usos existentes legalmente implantados. Se considera que la posible sustitución del informe de las Confederaciones Hidrográficas por el de entidades colaboradoras es inconstitucional por vulnerar la competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.22 CE en relación a la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos de cuencas intercomunitarias. Además, se añade que estas entidades colaboradoras «no tienen la posición institucional ni la competencia técnica, la objetividad, los conocimientos y la visión panorámica de los intereses implicados que tienen las Confederaciones».

En todo caso, se considera que no resulta necesario plantear ninguna cuestión de inconstitucionalidad porque el artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje se ha de entender desplazado por la legislación estatal y valenciana, e incluso implícitamente derogado. Ello se deriva del citado artículo 83.3 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana que, como ya hemos visto, para determinar el carácter, plazo de emisión y efectos de

los informes de la Administración General del Estado en la tramitación de planes generales, efectúa una remisión a la disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública. Y el apartado cuarto de esta disposición adicional establece el carácter preceptivo y vinculante de los informes estatales en los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística, siempre que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales. De esta manera, se considera que tanto por tratarse de una ley posterior como por la propia especificidad de su contenido y de la remisión que contiene, se deja sin efecto que el artículo 19.2 de la Ley autonómica valenciana 4/2004 permita sustituir el informe del Organismo de cuenca por el de esas denominadas empresas colaboradoras (AP).