

Informe 14/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Órgano competente para la celebración de un contrato patrimonial de aprovechamiento cinegético de montes. Análisis de la competencia a la vista de la diferente regulación, de la atribución competencial, contenida en la DA 2ª TRLCSP y en el artículo 30.1.m) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón. Supuesto de conflicto entre una norma estatal básica y una norma autonómica.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de La Muela (Zaragoza) se dirige, con fecha 29 de abril de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Primero.- Este municipio cuenta con montes catalogados de utilidad Pública, que a su vez forman parte de un coto deportivo de Caza, pretendiendo sacar a contratación pública el aprovechamiento de los derechos cinegéticos de los mismos, para lo cual, por parte de un grupo de Concejales, se presenta para su aprobación por el Pleno, una propuesta de Bases que han de regir la adjudicación de tales derechos cinegéticos, indicándose en la Propuesta que la competencia para su adjudicación corresponde al Pleno Municipal.

Segundo.- En fecha 14 de marzo de 2013, por Secretaría, se emite informe en relación al procedimiento de adjudicación de los derechos cinegéticos, indicándose en el punto 6º del informe que: “A la vista del período de contratación (5 años), el órgano competente será el Pleno del Ayuntamiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 30.1.m) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón”.

Tercero.- Posteriormente, el día 4 de abril de 2013, por la Intervención Accidental se emite informe, donde se indica que: “El valor del aprovechamiento supone un 0,42 % de los recursos ordinarios del Presupuesto, por lo que la competencia corresponderá al Alcalde, según la D.A. 2ª del R.D.L. 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, haciendo en los puntos

posteriores del Informe una serie de consideraciones fundamentando su conclusión. Se adjunta dicho informe.

Cuarto.- El día 8 de abril de 2013, por el Secretario Municipal, intrigado por el asunto de la competencia, se cursó consulta “a una empresa que trabaja para los Ayuntamientos y que cuenta con un equipo de juristas para dar respuesta a las cuestiones que les planteamos y que nos contestan de forma gratuita”. Siendo la consulta la siguiente:

“Este municipio cuenta con montes catalogados de utilidad Pública, que a su vez forman parte de un coto deportivo de Caza, y han surgido ciertas discrepancias sobre el órgano que tiene la competencia para la licitación del aprovechamiento cinegético. Por razón de la cuantía es claro que el órgano competente es la Alcaldía, la duda la plantea la segunda parte, y se refiere al tiempo de duración del contrato, que supera los cuatro años. De conformidad con el párrafo segundo del punto primero de la D.A. 2ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no hacer referencia u obviar el plazo de los 4 años, ¿debemos entender que la competencia, sea cual fuere el plazo es de la Alcaldía?”

Se adjunta la respuesta obtenida, la cual finaliza diciendo que: “Dicho todo lo anterior, a nuestro juicio y a reserva de otra opinión mejor fundada en derecho, podemos entender y nos inclinamos por pensar que la imprecisión del aludido párrafo 2º del apartado 1º de la D.A. 2ª del TRLCSP puede quedar interpretada en el sentido indicado por la LALA y en consecuencia, si se supera el plazo de 4 años, la competencia sería del Pleno”.

Visto todo ello, SOLICITA:

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el órgano competente para la Adjudicación de los derechos cinegéticos de los Montes de Utilidad Pública Municipales, teniendo en cuenta que el valor de los mismos no supera el 10% de los recursos ordinarios del Presupuesto y que la duración de la concesión será de 5 años».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 26 de junio de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe, sin embargo, impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea la Sra. Alcaldesa de La Muela (Zaragoza), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de qué órgano es el competente para la aprobación del procedimiento de licitación del contrato patrimonial de aprovechamiento cinegético, adjudicación y formalización del contrato, durante un plazo de cinco años.

La cuestión que motiva el escrito de consulta, tiene que ver con la diferente regulación que, en orden a la atribución de competencias, se contiene en la Disposición Adicional 2ª del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y en el artículo 30.1.m) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

La Sra. Alcaldesa de La Muela (Zaragoza), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La atribución de competencia para el ejercicio de la potestad de contratación.

La atribución de competencia, es el requisito previo que legitima la actuación o el ejercicio de una potestad por parte de un órgano de la Administración Pública. Un órgano es competente en la medida en que una norma le atribuya funciones para intervenir en el ámbito de la contratación pública, y la competencia se tiene para el conjunto de las potestades concretas que el ordenamiento jurídico reconoce para intervenir en ese específico ámbito material. Las competencias, una vez atribuidas, se ejercen por el órgano titular de las mismas y son irrenunciables e intrasmisibles según el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El TRLCSP, en su Disposición Adicional 2ª, regula el régimen competencial de los órganos locales, antes incardinado en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL).

Sobre la distribución de competencias en materia de contratación entre los órganos de las entidades locales, esta Junta ha tenido ocasión de pronunciarse en sus Informes 9/2012, de 11 de abril, y 21/2012, de 14 de noviembre, a cuyas consideraciones generales nos remitimos. En ambos informes, se puso de manifiesto que la técnica legislativa utilizada por la LCSP (hoy TRLCSP), para la distribución de competencias en materia de contratación, había sido ampliamente cuestionada, en particular por el Consejo de Estado, en su dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

En concreto, la regulación de la distribución competencial de los órganos municipales en materia de contratación pública, fuera de la LBRL, no solo

resulta asistemática, sino que además produce disfunciones y añade complejidad a la contratación de las entidades locales, especialmente en materia de *contratación patrimonial*, o de bienes de las entidades locales, que si bien son contratos administrativos, no es menos cierto que son contratos excluidos de la aplicación de la normativa contractual por el artículo 4.1 p) TRLCSP. De manera que, y no deja de sorprender, una norma que excluye de su aplicación a una categoría de negocios jurídicos regula, no obstante, la atribución de competencias para la celebración de los mismos.

Pues bien, de una parte, la Disposición Adicional 2ª TRLCSP, atribuye la competencia a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales para la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas, y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial, cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto, ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados. De otra parte, el artículo 30.1 m) Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (en adelante LALA), atribuye la competencia a los Alcaldes de las contrataciones y concesiones de toda clase, cuando su importe no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los mil millones de pesetas, incluidas las de carácter plurianual «*cuando su duración no sea superior a cuatro años*», siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere el diez por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía de mil millones de pesetas.

Esta diferente regulación, entre lo dispuesto en la legislación básica del Estado y en la norma autonómica aragonesa, induce a pensar a la Sra. Alcaldesa de La Muela (Zaragoza), que la norma autonómica aragonesa (LALA) contraviene la actual legislación básica del TRLCSP, al establecer o limitar la competencia del Alcalde a un plazo de duración de las contrataciones y concesiones de cuatro años como máximo, plazo que no contempla la Disposición Adicional 2ª TRLCSP. De manera que, en virtud de la cláusula de prevalencia del derecho estatal del artículo 149.3 de la Constitución española de 1978, y de la técnica

del *desplazamiento*, la norma estatal básica sobrevenida ha privado de eficacia a la norma autonómica aragonesa.

Es oportuno indicar que la LALA, en el momento de su promulgación, era respetuosa con la legislación básica de régimen local, hasta el momento de la derogación de la letra ñ) del artículo 20.1 LBRL, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público. Y es además necesario, indicar que el régimen local, y el régimen de los bienes locales, es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.5º del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril.

III. La colisión entre una ley autonómica y la legislación estatal básica posterior a la misma. La aplicación de la cláusula de prevalencia del derecho estatal del artículo 149.3 de la Constitución española.

La solución de los problemas que plantea la colisión entre leyes autonómicas y la legislación estatal básica posterior a su promulgación, es uno de los temas más complejos, y debatidos, del sistema de fuentes de producción normativa, característico de la ordenación territorial del Estado establecida en el Título VIII de la Constitución. Hasta el extremo, como pone de manifiesto la Junta de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, en su extenso y acotado, Informe 6/2012, de 30 de abril de 2013, —sobre publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de las contrataciones públicas en el ámbito de la Administración Local—, de haber sido objeto de disparidad de criterios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), y en la del Tribunal Supremo (en adelante TS).

Para el TS, por todas SSTS de 5 de febrero de 2008, 7 de abril de 2009, de 15 de diciembre de 2009 y 26 de octubre de 2010, una interpretación vertebradora e integrada del ordenamiento jurídico, no puede desconocer el artículo 149.3 de la Constitución, del que se deriva la conclusión de que, cuando no es posible una interpretación de la norma autonómica que la haga conciliable con

la legislación básica, la resolución de la controversia debe basarse en la aplicación de esta última, en tanto que norma básica dictada por el legislador estatal en ejercicio de competencias exclusivas. Esta STS cuenta con un extenso y fundado voto particular, que discrepa por entender que: *«La comparación entre la norma básica y norma autonómica de desarrollo no revela ninguna colisión o confrontación entre sus contenidos, pues simplemente sucede aquello que es propio en este tipo de relaciones internormativas entre la fijación de lo básico y el establecimiento de su desarrollo»*, lo que, además, se solventa mediante la improcedente aplicación de la cláusula de prevalencia prevista en el artículo 149.3 CE, ya que la declaración de invalidez de una norma con rango de ley, por su incompatibilidad con la Constitución, corresponde en régimen de monopolio al TC, sin que los jueces y tribunales pueden dejar de aplicarla, debiendo, en caso de duda, plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Así pues, el TS viene sosteniendo que los órganos integrantes del poder judicial pueden, directamente, desplazar o inaplicar, en virtud del principio de prevalencia del artículo 149.3 CE, una ley autonómica cuando la entiendan contraria a la legislación básica posterior, sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que pueden, empero, promover en caso de duda.

El TC, sin embargo, desde la STC 66/2011, de 16 de mayo, se sitúa en una posición contraria a la referida jurisprudencia del TS. El TC estima el recurso de amparo, promovido por una asociación de vecinos que alegaban la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), al haber dejado inaplicada una ley postconstitucional válida y en vigor, sin haber planteado previamente una cuestión de inconstitucionalidad. El razonamiento del TC es claro y contundente, a saber:

a) En primer lugar, no se ajusta a la doctrina constitucional (STC 1/2003), sobre las consecuencias que la modificación sobrevenida de las bases estatales genera sobre la norma autonómica de desarrollo, la fundamentación de las sentencias recurridas, consistente en resolver el conflicto descrito, apreciando

que la nueva norma básica estatal había desplazado, en virtud del principio de prevalencia, a la norma autonómica, de tal manera que la modificación operada en la legislación básica estatal habría privado de eficacia al precepto legal autonómico, sin afectar, empero, a su validez (FJ 4). A decir del TC, «*la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado, en suma, el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida*» (FJ 5).

b) En segundo lugar, reiterando la doctrina de la STC 173/2002, la decisión judicial de inaplicar —por propia, autónoma y exclusiva decisión— una ley postconstitucional vigente, entraña una vulneración, tanto del derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión, por tratarse de «*una resolución no fundada en Derecho*» (artículo 24.1 CE), como del derecho a un proceso con todas las garantías, al dejar inaplicado ese precepto, por razón de su posible contradicción con la Constitución, sin haber promovido una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (artículo 163 CE), y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) (artículo 24.2 CE); lo que es remediable a través del recurso de amparo.

c) Y, finalmente, el TC reitera su doctrina de que «*los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular -como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución- y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3)*».

Esta STC cuenta también, con un fundamentado voto particular en que considera que prescindir de la cláusula de prevalencia, como hace, la sentencia, supone una inaplicación de la Constitución, lo que, además, provoca graves e inconvenientes consecuencias prácticas.

Así pues, el TC niega la posibilidad de los órganos judiciales de inaplicar una ley autonómica, considerada contraria a la legislación básica posterior con base en la cláusula de prevalencia, y entiende que esa decisión judicial vulnera derechos fundamentales, por lo que puede declararse nula mediante un recurso de amparo.

Como apunta la doctrina administrativa más cualificada, la tesis del TS pretende una resolución más rápida, pero comporta relevantes y graves riesgos, con padecimiento de la seguridad jurídica, ya que quiebra el modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes reservado al TC, cualquier órgano judicial —no sólo el TS— podría inaplicar una ley autonómica con el consiguiente peligro de disparidad de criterios entre órganos judiciales, e incluso, un órgano judicial podría declarar una contradicción internormativa inexistente o dudosa. Así, el voto particular a la STS de 27 de diciembre de 2008, muestra cómo podría determinarse, como cierta y clara, una colisión entre ley autonómica y ley básica estatal que no es manifiesta, sino dudosa, y que responde, más a la jurisprudencia del propio TS, que a los términos de las leyes confrontadas, eludiendo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

De manera que la posición del TC viene en la práctica a dejar sin juego a la cláusula de prevalencia, pero propicia la seguridad jurídica: el control de la constitucionalidad de la ley autonómica es concentrado, y por tanto único, llevado a cabo por el máximo intérprete de la Constitución; el control de constitucionalidad por el TC, se realiza previa ponderación y determinación de la legitimidad constitucional de la legislación básica estatal en liza; y las sentencias del TC, dictadas en los procesos de inconstitucionalidad, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos *erga omnes* (artículo 38.1 LOTC).

Finalmente, y con todas las cautelas que una manifestación de este carácter comporta, parece que es la doctrina constitucional la que debe prevalecer, por el carácter último de la intervención del TC. De manera que, ni el poder judicial, ni los órganos concernidos de la Administración competente, están facultados para negar eficacia a la norma autonómica, cuyo desplazamiento sólo puede resultar consecuencia de su depuración por el TC, función constitucional que le corresponde de forma exclusiva (STC 73/2000, FJ 16).

La posición tradicionalmente mantenida por los Tribunales ordinarios, resolviendo los conflictos que se le plantean en virtud de un proceso de elección de la norma aplicable que, de facto, supone el desplazamiento de una ley plenamente eficaz, desconoce la doctrina constitucional y, en consecuencia, no merece ser acogida, sin perjuicio de que se deje constancia de aquélla.

De manera que, quienes tienen atribuidas las funciones de asesoramiento legal y fiscalización en las entidades locales, cuando determinan la legislación aplicable a cada uno de los procedimientos en que intervienen, no pueden realizar un juicio de constitucionalidad de las normas, pues este juicio queda reservado exclusivamente al TC.

El operador jurídico debe reducir su campo de análisis jurídico, al de la determinación de la norma vigente que se aplica al supuesto, en su ámbito temporal y espacial, y a explicar porqué se aplica una norma y no otra, pero no a enjuiciar su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

IV. La vigencia del artículo 30.1.m) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

De cuanto se lleva dicho, cabe concluir que mientras la norma autonómica aragonesa se encuentre vigente, deberá aplicarse. Si bien será necesario realizar una interpretación conciliadora del artículo 30.1.m) LALA, que no resulte contradictoria con lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª TRLCSP.

En este sentido, hay que recordar que el régimen local, y el régimen de los bienes locales, es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.5º del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril. Y cabe interpretar, que la LALA es la ley autonómica que representa el ejercicio de las competencias de la Comunidad autónoma, y que son el desarrollo de la legislación básica del Estado.

La voluntad del legislador aragonés se colige o infiere sin dificultad, la norma autonómica, en el ámbito que le es propio (régimen local y bienes locales), vincula la atribución de la competencia para la celebración de los contratos patrimoniales, a la duración de los mismos, según excedan o no de cuatro años, de manera que el supuesto de atribución al Alcalde, quedan asociadas sus competencias al plazo o término del mandato corporativo.

Esta articulación entre atribución de competencia, duración del contrato y plazo o termino del mandato corporativo, que lleva a cabo el legislador aragonés, en nada vulnera la legislación básica estatal, sino que es desarrollo de la misma. Y, en el supuesto de interpretarse de forma contraria, habría que dudar, en la misma forma y con la misma intensidad, de la legitimidad constitucional de dicha legislación básica.

Por lo demás, esta previsión del régimen local y patrimonial aragonés engarza con la regulación jurídica tradicional, de disposición de los bienes patrimoniales, que, siempre, ha atribuido al Pleno municipal (órgano colegiado), la competencia para la adjudicación y celebración de aquellos contratos que excedían el plazo de cuatro años.

Y ha sido siempre así, en primer lugar, porque la participación de todos los miembros de una corporación, en una materia tan importante como la gestión del patrimonio, permite ponderar los distintos aspectos de la oportunidad y conveniencia de este tipo de contratos, desde la singularidad de cada uno de los miembros; en segundo lugar, porque es necesario un determinado

procedimiento para la formación de la voluntad colegiada que a través la participación de los concejales, permite la contraposición de intereses, el mejor saber y la experiencia de cada uno de ellos. Y, en tercer lugar, porque un acuerdo adoptado por un pleno municipal no es, en puridad, una decisión del pleno, sino del municipio del que constituye una parte de su organización.

III. CONCLUSIONES

I. La atribución de competencia es el requisito previo que legitima la actuación o el ejercicio de una potestad por parte de un órgano de la Administración Pública. Un órgano es competente en la medida en que una norma le atribuya funciones para intervenir en el ámbito de la contratación pública, y la competencia se tiene para el conjunto de las potestades concretas que el ordenamiento jurídico reconoce para intervenir en ese específico ámbito material. Las competencias, una vez atribuidas, se ejercen por el órgano titular de las mismas, y son irrenunciables e intrasmisibles según el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

II. De acuerdo con la jurisprudencia del TC, ni el poder judicial, ni los órganos concernidos de la Administración competente, están facultados para negar eficacia a una norma autonómica, cuyo desplazamiento, sólo puede resultar consecuencia de su depuración por el TC, función constitucional que le corresponde de forma exclusiva. Por ello, quienes tienen atribuidas las funciones de asesoramiento legal y fiscalización en las entidades locales, cuando determinan la legislación aplicable a cada uno de los procedimientos en que intervienen, no pueden realizar un juicio de constitucionalidad de las normas, pues este juicio queda reservado exclusivamente al TC.

III. El artículo 30.1.m) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, se encuentra vigente y es de aplicación, en tanto en cuanto no sea derogado o sea desplazado por ser declarado inconstitucional por el TC. Y, en su consecuencia, la competencia de las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su duración sea superior a cuatro años, corresponde al Pleno municipal.

Informe 14/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 26 de junio de 2013.