

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 625/2015

SENTENCIA NUMERO 519/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOTIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a catorce de diciembre de dos mil quince.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria en el recurso contencioso-administrativo número 102/2014, en el que se impugna el Acuerdo de 6 de marzo de 2013 del Ayuntamiento de Amurrio autorizando la contratación del servicio de colaboración en la inspección y gestión tributaria derivada de la misma así como la en la tramitación de expedientes sancionadores del consistorio publicado en el B.O.T.H.A. número 35 de 26 de marzo de 2015.

Son parte:

- **APELANTE:** La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO.

- **APELADO:** La COORDINADORA DE GESTIÓN DE INGRESOS S.A., representada por el Procurador Don JULIO GONZÁLEZ JIMÉNEZ y dirigida por el Letrado Don JAVIER RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 26 de noviembre de 2015, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se ha presentado contra la sentencia dictada el 8-05-2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Vitoria en el procedimiento ordinario 102-2014, que desestimó el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra el acuerdo de 13-03-2014 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Amurrio (Álava) de iniciación del expediente para la contratación del servicio de colaboración en la inspección y gestión tributaria derivada de la misma (lote 1).

La sentencia de instancia considera que el Pliego de prescripciones técnicas y económicas de la mencionada contratación (folios 1-12 del expediente) se refiere en sus distintos apartados a tareas de colaboración, proposición, instrucción, tramitación y que, por lo tanto, no comportan el ejercicio de autoridad, de suerte que el objeto del contrato se resume en la prestación de tareas de apoyo, ejecución y asistencia técnica.

Esa valoración general, no pormenorizada, de las actividades llamadas de colaboración en las funciones, conexas, de inspección y gestión tributarias y descritas por el apartado 3º del PPTE atiende, según veremos, a un contraste más nominal o

aparente que conceptual o de fondo entre los enunciados del PPTE y las disposiciones que delimitan el objeto de la contratación en el ámbito de la aplicación de los tributos , que no deben confundirse con las que prevén la asignación de determinadas tareas a quienes, entre los que prestan servicios para la Administración tributaria , no tengan la condición de funcionarios.

SEGUNDO.- Como advierte la defensa del Ayuntamiento de Amurrio hay una confusión, al menos aparente, así en el planteamiento del recurso contencioso como en los fundamentos de la sentencia, entre los conceptos de servicio público y de servicios susceptibles de contratación pública.

Hay servicio público cuando una actividad o función es asumida por la Administración mediante su publicatio: “antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo, relativos a la prestación del servicio (artículo 116 de la LCSP).

En el ámbito de la Administración local es el artículo 86 de la Ley 7/1985 el que cumpliendo el mandato del artículo 128 de la Constitución reserva a los entes locales la titularidad de determinados servicios.

De distinta naturaleza son las funciones de gestión e inspección tributarias y, en general, las de aplicación de los tributos, que la ley atribuye a los órganos competentes de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, la confusión o indebida asimilación de ambos conceptos en la fundamentación del recurso contencioso no tiene ninguna trascendencia para la resolución del proceso, porque la prohibición cuya vulneración se discute es la misma se trate del contrato de gestión de servicios públicos (artículos 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011 y 85-3 de la LBRL) o del contrato de servicios (artículo 301 del mismo texto refundido).

TERCERO.- El recurso de apelación se sustenta en la vulneración de los artículos 301 del RDL 3/2011; artículos 9.2 y DA 2ª del EBEP; artículos 85 y 92 de la Ley 7/1985; artículo 142 de la LGT; artículos 61 y 169 del RD 1065/2007.

Para empezar el artículo 2-2 del Decreto Foral 41/2006 que aprobó el Reglamento de inspección de tributos del Territorio Histórico de Álava (ídem, el artículo 169-2 del Real Decreto 1065/2007) no faculta a la Administración tributaria para que contrate “a terceros” la realización de las “actuaciones meramente preparatorias o de comprobación o toma de datos, o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria” sino para asignar esas funciones a personal al servicio de aquella Administración que no tenga la condición de funcionario, no en vano “las facultades que puedan ejercerse en las distintas actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos corresponderán a los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración tributaria que intervengan en dichas actuaciones y procedimientos” (artículo 61-1 del Real Decreto 1065/2007). Y es que el ejercicio de las funciones antedichas, y no solo de las propias del Servicio de inspección enunciadas por los artículos 135 y 136-1 y 2 de la Norma Foral 6/2005, general tributaria de Álava, y que están encomendadas al personal que tiene la consideración de inspector en el ámbito de la Diputación Foral de aquel Territorio, según el artículo 2-1 del D.F. 41/2006, implican el ejercicio de autoridad, si bien solo tienen la consideración de agentes de la autoridad los funcionarios que las desempeñen (artículo 136-4 de la N.F. 6/2005).

Además, las funciones (algunas) que el PPTe atribuye al adjudicatario bajo la rúbrica de “colaboración en las actividades relativas a la Inspección municipal de los impuestos, tasas y demás ingresos de derecho público, incluida la gestión tributaria derivada de esta inspección tributaria” exceden de las que según las normas precitadas pueden encomendarse al personal de la Administración tributaria que no tenga la condición de funcionario.

CUARTO.- El Pliego de prescripciones técnicas (folios 1-12 del expediente) llama servicios o actividades de colaboración en la inspección y gestión tributarias, entre otras, a las siguientes:

“3.- La labor inspectora será realizada por la empresa adjudicataria en colaboración, en su caso, con el personal municipal cuando implique ejercicio de autoridad...”

No puede admitirse esa colaboración sin trasladar al adjudicatario del servicio una potestad exclusiva de la Inspección municipal que implica “per se” el ejercicio de autoridad y que, por lo tanto, requiere la intervención de los funcionarios adscriptos a la oficina inspectora, a no ser para las actuaciones a que se refiere el artículo 2-2 del Decreto Foral 41/2006 que podrán encomendarse a personal no funcionario del Ayuntamiento.

La colaboración en la función inspectora comporta más que la asistencia o apoyo “externos” al Servicio de inspección; a saber, la intervención en las tareas de comprobación propias de ese Servicio y, por lo tanto, la participación directa o indirecta en el ejercicio de esas potestades públicas, prohibida por el artículo 9-2 del Estatuto básico del empleado público aprobado por la Ley 7/2007.

“5.-Tramitación de expedientes de aplazamiento o fraccionamiento en relación a esta liquidaciones”.

La incoación y tramitación de los expedientes y no solo su resolución concierne a las potestades o funciones de aplicación de los tributos que solo pueden ser ejercidas por el personal al servicio de la Administración competente, conforme al régimen normativo ya aludido.

“7.- Atención en información en las oficinas destinadas al efecto por el Ayuntamiento a los contribuyentes que se encuentren incursos en algún expediente de inspección”.

El obligado tributario tiene derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (artículo 34.1 a de la LGT).

Asimismo, el artículo 12 de la Norma Foral 41/1989 de 19 de julio de Haciendas locales de Álava dispone: “En relación con la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos municipales, las obligaciones de información y asistencia a los obligados tributarios recogidas en la Sección 2ª del Capítulo I del Título de la Norma Foral General Tributaria corresponde a la entidad titular de la competencia”.

Por lo tanto, la información no ya al contribuyente en general, sino al contribuyente sometido a un procedimiento de investigación no puede confiarse a empresas privadas, sin poner en manos de estas la efectividad de un derecho del obligado con trascendencia al resultado del expediente.

“9.- Comprobación respecto de la exactitud de las deudas tributarias ingresadas en virtud de declaración-liquidación o autoliquidación”.

La simple verificación de la coincidencia de la deuda autoliquidada con la ingresa no entraña el ejercicio de una potestad pública; pero si la comprobación de que la deuda autoliquidada corresponde exactamente a la devengada.

La cláusula no deja de ofrecer cierta oscuridad o equivoco lo que justifica su anulación ya no solo para salvaguardar las potestades de la Administración local sino en aras de la seguridad jurídica en la materia concerniente al ejercicio de sus funciones.

“10.- Propuestas de liquidaciones resultantes de actuaciones de comprobación e investigación”.

“11.- Tramitación de expedientes por infracciones tributarias detectadas en el transcurso de la actividad inspectora incluyendo la elaboración de las propuestas de sanción correspondientes”.

Las actividades a que se refieren esas dos prescripciones comportan directa y manifiestamente el ejercicio de potestades tributarias y, por ende, de la autoridad que ostentan sus titulares, esto es, los funcionarios del Servicio de inspección.

Los derechos y garantías “procedimentales” del obligado se satisfacen, obviamente, en el momento de incoación de los expedientes y durante su ordenación, tramitación o instrucción, de suerte que la participación en esos trámites (ad intra) de sujetos no integrados orgánica y funcionalmente en la Administración tributaria comporta una intromisión ilegal en el ejercicio de las potestades propias de la misma.

Ni tan siquiera el personal no funcionario de la Administración Pública puede realizar las actividades que las cláusulas que se acaban de transcribir encargan al adjudicatario “privado” como para que tal encomienda pueda compadecerse con los límites establecidos por la legislación de contratos y de la función pública, general y tributaria, a la contratación de servicios en el ámbito de la gestión e inspección tributarias.

La consideración de agente de la autoridad del personal inspector no se refiere a la resolución del procedimiento, sino a su actuación en las tareas de comprobación que culminan, en su caso, con las propuestas de liquidación e incoación de expediente sancionador.

Malamente se pueden asignar esas funciones a empresas o agentes externos a la Administración tributaria sin invadir las competencias reservadas a sus inspectores y, por lo tanto, sin contratar a aquellos la prestación de servicios que implican directamente el ejercicio de la autoridad inherente a las potestades de tales funcionarios.

Por último, el Pliego examinado contiene una cláusula residual en su apartado 14 (“Cualesquiera otras funciones de naturaleza análoga a las descritas, necesaria para la buena marcha del servicio”), que más allá de la salvaguardas preliminares o ad hoc, puramente declamatorias, conlleva la extensión de la prestación contractual a actividades similares a las previstas en los apartados anteriores del Pliego, lo que además de la exlimitación legal señalada, comporta la utilización de una técnica jurídica (la analogía) que no se compadece con el carácter restrictivo de la contratación en cuestión, o

lo que es lo mismo, su limitación a tareas que no impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas, ergo de la autoridad inherente a esas funciones.

En conclusión, no es cierto que el contrato se reduzca a tareas de apoyo, ejecución y asistencia técnica o a otras que no comporten la producción de actos administrativos (carácter del que participan no solo las resoluciones sino también las propuestas, y otros actos de trámite, cualificados o no cualificados, con o sin trascendencia tributaria) o el ejercicio de la autoridad inherente a las funciones de inspección, como dice el Pliego al señalar el objeto de la contratación.

QUINTO.- La adhesión del Ayuntamiento de Amurrio al recurso de apelación presentado por la Administración del Estado debe ser inadmitido conforme solicita la defensa de esa parte, y es que la sentencia recurrida no ha rechazado ningún pretensión de forma o de fondo planteada por el Ayuntamiento demandado, con lo cual no puede apreciarse el supuesto que legitima la adhesión a la apelación, esto es, que la sentencia de instancia sea perjudicial para los derechos o intereses de la parte (artículo 85-4 de la LJCA).

La disconformidad de la parte cuyas pretensiones no hayan sido rechazadas en la instancia, con los fundamentos de la sentencia debe canalizarse a través de la impugnación del recurso de apelación, ya que en ese trámite puede defender la confirmación de la sentencia apelada ya no por sus propios fundamentos sino por los expuestos ante el órgano a quo y no compartidos por este.

SEXTO.- Procediendo la estimación del recurso de apelación y la inadmisibilidad de la adhesión a ese recurso no hay que hacer pronunciamiento de condena en costas (artículo 139-2 LJCA). Pero hay que imponer a los demandados las costas de la primera instancia, en razón a su vencimiento, fuera de toda duda fáctica o jurídica que pueda considerarse seriamente fundada (artículo 139-1 LJCA).

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria en el recurso contencioso-administrativo número 102/2014, revocamos esa sentencia; y estimamos el recurso contencioso presentado contra el mencionado acuerdo municipal, declarando su nulidad.

Las costas de la primera instancia se imponen a los demandados. Y no se hace pronunciamiento sobre las causadas por la apelación y adhesión a la misma.

Devuélvanse al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta sentencia.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 14 de diciembre de 2015.