

Ref: c.u. 64 -11

ASUNTO: Consulta urbanística que plantea el Departamento Jurídico de la Subdirección General de Edificación en relación con la necesidad de que las Administraciones Públicas solicitantes de determinadas licencias urbanísticas deban prestar los avales exigidos por la normativa.

Con fecha 17 de noviembre 2011, se eleva consulta urbanística a la Secretaría Permanente efectuada por el Departamento Jurídico de la Subdirección General de Edificación relativa a la necesidad de prestar avales por parte de las Administraciones Públicas cuando son ellas mismas las solicitantes de determinantes tipos de licencias urbanísticas.

A la consulta planteada le son de aplicación los siguientes:

ANTECEDENTES

- Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas, de 23 de diciembre de 2004.
- Orden 2726/2009, de 16 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se regula la gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad de Madrid.
- Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, de 17 de abril de 1997.

CONSIDERACIONES

Se ha planteado en esta Secretaría Permanente una consulta urbanística relativa a la necesidad de presentación de avales o garantías por las Administraciones Públicas en el contexto de la tramitación de determinadas licencias urbanísticas.

La constitución de fianzas se exige en diferentes supuestos en el ámbito de las licencias urbanísticas. Se deben constituir para garantizar la correcta ejecución de obras en relación con los servicios públicos, para la correcta gestión de los residuos

de construcción y demolición así como cuando se realicen obras en plantas inferiores a la baja, para garantizar el valor de la edificación bajo la que se actúa.

De una manera pormenorizada, se analizan los supuestos referidos:

1. Garantía para la correcta ejecución de obras en relación con los servicios públicos. Este supuesto se encuentra contemplado en el artículo 37.4 de la OMTLU en cuya virtud se ha previsto la exigencia de que *“el promotor, el constructor o solicitante de la misma deberá acreditar documentalmente el afianzamiento de la correcta ejecución de las obras en relación con los servicios públicos que sean visibles desde el exterior y la vía pública, mediante la constitución de garantía en cualquiera de las formas legalmente establecidas. El importe de dicha garantía se calculará en función de los metros cuadrados de urbanización colindantes con la alineación exterior del solar sobre el que se pretenda la construcción, obra o demolición. El depósito de la garantía se efectuará con carácter previo a la concesión de la licencia.”*

En este caso se está exigiendo de forma expresa para la concesión de la licencia, que previamente se haya constituido la garantía por el promotor, el constructor o por el solicitante de la misma.

2. Garantía para la correcta gestión de los residuos de construcción y demolición. Este segundo supuesto se encuentra establecido en la Orden 2726/2009, de 16 de julio, de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se regula la gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 9.1 se ha previsto que *“De conformidad con lo establecido en los artículos 4.1.d) y 6.2 del Real Decreto 105/2008, el productor de los residuos de construcción y demolición deberá constituir, ante el Ayuntamiento correspondiente, una fianza o garantía financiera equivalente que garantice la correcta gestión de dichos residuos, vinculada al otorgamiento de la licencia municipal de obras o a otra forma de intervención municipal previa a la que se encuentren sometidas estas, de acuerdo con los criterios que se fijan a continuación y en el siguiente artículo 10”.*

De esta forma establece la obligación al productor de los residuos de constituir estas garantías vinculadas al otorgamiento de las licencias. El mismo artículo 9 en su párrafo 5, condiciona la concesión de la licencia a la previa constitución de la garantía, al establecer que *“El Ayuntamiento no podrá conceder licencia o autorización en el caso de que el solicitante no haya aportado lo expuesto en los apartados anteriores. Asimismo, no se otorgará licencia o autorización de obras en tanto el solicitante no acredite ante el Ayuntamiento el depósito de la fianza u otra garantía financiera equivalente que responda de la correcta gestión de los residuos de construcción y demolición que se producirán en la misma, de acuerdo a lo establecido en la presente Orden.”*

De esta regulación se deduce que es el solicitante de la licencia quien debe constituir la garantía y así resulta del artículo 2.e) del Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición, donde se ha definido quiénes son los productores de residuos de construcción y demolición, señalando que tendrá esta condición:

“1. La persona física o jurídica titular de la licencia urbanística en una obra de construcción o demolición; en aquellas obras que no precisen de licencia urbanística, tendrá consideración de productor del residuo la persona física o jurídica titular del bien inmueble objeto de una obra de construcción o demolición.”

3. Garantía de la edificación cuando se construyen garajes-aparcamientos. Las Normas Urbanísticas del Plan General han previsto en su artículo 4.3.13.4.3, en edificios catalogados en los que sea posible su autorización, que “Será condición indispensable para la concesión de la licencia de obras el prestar fianza, mediante aval bancario u otro sistema análogo, por importe de, al menos, el doble del valor de reposición del edificio en el que se actúe. Esta fianza será devuelta una vez hayan finalizado las obras de construcción de los sótanos y comprobado el exacto cumplimiento de lo que ha sido autorizado en la licencia”.

Nuevamente se exige como requisito indispensable para la concesión de la licencia la prestación de la fianza, que deberá constituir el solicitante de la aquélla

Estos tres supuestos expuestos en los que la normativa exige la constitución de una garantía o la prestación de una fianza o aval como condición imprescindible para la concesión de una licencia urbanística plantea dudas en cuanto a su exigibilidad a las Administraciones Públicas cuando sean ellas mismas las solicitantes de las licencias urbanísticas ya que en la práctica están alegando estar exentas de la obligación de prestar garantías.

Las Administraciones Públicas son personas jurídico públicas a las que el ordenamiento jurídico les ha otorgado una serie de potestades y prerrogativas a la par que las ha establecido ciertas limitaciones y las ha sometido a controles jurisdiccionales de acuerdo con nuestro modelo de estado de Derecho.

En el caso de ser una Entidad Local la solicitante de la licencia urbanística, el 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, ha previsto en su artículo 173.2, relativo a la “exigibilidad de las obligaciones, prerrogativas y limitación de los compromisos de gasto”, que ***“Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.”***

De la lectura de este precepto, esta Secretaría Permanente entiende, a priori, que a las Entidades Locales no se les exigirá la constitución de avales o garantías, sin embargo no resulta del todo contundente al excepcionar el supuesto de que se constituyan sobre sus bienes patrimoniales.

En el caso de la Comunidad de Madrid, el Estatuto de Autonomía es tajante en esta cuestión al establecer en el artículo 36.1.g) que *“en el ejercicio de sus competencias ejecutivas, gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre las que se comprenden **la exención de la obligación de prestar toda clase de garantías o cauciones ante los organismos administrativos y ante los jueces o tribunales de cualquier jurisdicción**”*.

De conformidad con el mismo, se considera que cuando cualquier órgano de la Administración de la Comunidad de Madrid solicite alguna de las licencias referidas anteriormente para las cuales se ha previsto como condición indispensable para su concesión, la constitución de algún tipo de garantía, no deberá ser prestada por la misma por gozar de la citada exención, por lo que la licencia deberá concederse sin exigir el cumplimiento de este requisito.

Finalmente, en el ámbito de la Administración General del Estado, se ha analizado diversa normativa sin haber obtenido una respuesta de una forma tan clara e indiscutible como la anteriormente referida. De hecho, en la práctica, cuando esta Administración es la solicitante de la licencia, alega el artículo 12 de la Ley 52/1997 de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, relativo a “exención de depósitos y cauciones”, en cuya virtud *“El Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes..”*.

Lo cierto es que bajo este precepto los órganos competentes en la tramitación de las licencias urbanísticas están eximiendo a los órganos de la Administración del Estado de la constitución de las fianzas objeto de informe.

Sin embargo, no se considera del todo claro que sea de aplicación este precepto ya que está incluido en un texto legal que afecta a un ámbito muy concreto de las actuaciones del Estado que nada tiene que ver con el ordenamiento urbanístico y que si bien ofrece indicios sobre una posible solución a adoptar, no es de aplicación de forma directa e incuestionable.

Todo ello nos ha avocado a solicitar un informe a la Agencia Tributaria en el que se contenga el criterio a seguir en estos casos, en cuanto es el órgano competente del que debe emanar una respuesta en esta materia. Hasta tanto no se obtenga la misma, que previsiblemente se formalizará mediante una Instrucción para su general

conocimiento y obligado cumplimiento, esta secretaría Permanente considera de aplicación los siguientes criterios:

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, establece en su artículo 1.3 que *“Cuando las Administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria.”*

Este precepto abre la posibilidad de que si es una Administración Pública la titular de una licencia urbanística cuyas obras autorizadas van a ser acometidas por una tercera persona (generalmente jurídica) tras la correspondiente tramitación del contrato administrativo que proceda, la empresa que resulte adjudicataria será la obligada a la constitución de la garantía que se derive de la licencia, pudiendo posponerse su constatación ante el Ayuntamiento al momento anterior al inicio de las obras. En este caso, será necesario que en las cláusulas administrativas del contrato se haya incluido que será el adjudicatario el obligado a la prestación de los avales o constitución de las garantías que sean exigibles.

De esta forma podría otorgarse la licencia urbanística a favor de la Administración solicitante bajo la condición suspensiva de que se constituya ante el Ayuntamiento la garantía que proceda de forma previa al inicio de las obras por la empresa que resulte adjudicataria del correspondiente contrato.

En esta línea, e incluso dando un paso más allá, destaca el Decreto de 28 de febrero de 2011, del Presidente del Consejo Rector de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades por el que se aprueba el Protocolo de condiciones de inicio, ejecución y recepción de obras y actividades (BOAM núm. 6.387, de 9 de marzo de 2011), en cuya virtud la presentación de las cartas justificativas de los depósitos de las garantías constituye parte de la documentación que de forma obligatoria debe presentar el titular de la licencia al comunicar al Ayuntamiento la fecha para el inicio de la obra, sin que se formalice si quiera como una condición suspensiva de la licencia.

Asimismo, desde el punto de vista de la eficacia temporal de las licencias urbanísticas, cuyo objeto es garantizar que las actuaciones urbanísticas autorizadas se inicien en un periodo de tiempo razonable (a falta de previsión en la licencia, será un año) en el que previsiblemente las Normas Urbanísticas y legislación que haya resultado de aplicación a la licencia no será modificada, se considera razonable que en virtud del principio de seguridad jurídica, se establezca un plazo determinado en la condición suspensiva para que el titular de la licencia presente la documentación que acredite la constitución de las garantías correspondientes, el cual será fijado atendiendo a las circunstancias especiales que se den en cada caso.

CONCLUSIÓN

A la vista de estas consideraciones, esta Secretaría Permanente considera de aplicación los siguientes criterios:

Sin perjuicio de la exención de la que posiblemente gozan las Administraciones Públicas a la hora de constituir avales, lo que ha sido sometido al criterio de la Agencia Tributaria para su posible elevación a la Comisión Técnica de Seguimiento e Interpretación de la OMTLU, cuando una Administración Pública solicite una licencia urbanística para cuya concesión se exija la constitución de alguna de las garantías referidas, podrá establecerse como condición suspensiva de la licencia la presentación de las cartas justificativas de haber constituido la correspondiente garantía por la persona, física o jurídica, que resulte adjudataria del correspondiente contrato de ejecución de obras.

En estos casos, y por razones de seguridad jurídica, se considera que debe establecerse un plazo, razonable y en función de las circunstancias de cada caso, para la presentación de las cartas o documentación justificativa de la constitución de los avales o garantías exigibles.

Madrid, 27 de enero de 2012