



Roj: **STS 3399/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3399**

Id Cendoj: **28079130052018100399**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **4396/2017**

Nº de Resolución: **1404/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.404/2018

Fecha de sentencia: 20/09/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4396/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4396/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1404/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño



En Madrid, a 20 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso contencioso-administrativo número 4396/2017, formulado por la Procuradora Doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de la mercantil Daytal Resources Spain, S.L., bajo la dirección letrada de D. Víctor Horcajuelo Rivera, contra la sentencia desestimatoria dictada el treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete por la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid), en el recurso número 743/2016, sostenido contra la resolución de 29 de julio de 2016 de la Dirección general de Energía y Minas de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León, por la que se estima parcialmente el recurso de alzada presentado contra la resolución del Servicio territorial de Industria, Comercio y Turismo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Salamanca de 22 de Junio de 2015, sobre actualización de la garantía constituida para asegurar la restauración del espacio natural afectado por la actividad minera desarrollada en la concesión de explotación de recursos de la Sección C) denominada "Los Santos. Fuenterroble", nº 6.133, situada en los términos municipales de Los Santos y Fuenterroble de Salvatierra (Salamanca); habiendo sido parte recurrida la Comunidad Autónoma de Castilla y León, debidamente representada y asistida por la Sra. Letrada de sus Servicios Jurídicos, Dña. María Elena Martínez Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid), en el recurso número 743/2016, dictó sentencia, el treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, cuyo fallo es del siguiente tenor: <<Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo, registrado con el número 743/2016, condenado a la Aparte actora al pago de las costas procesales en los términos previstos en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución.>>

Notificada a las partes, la recurrente preparó recurso para solicitar <<se case la Sentencia recurrida y, en su virtud, acuerde la estimación del recurso contencioso- administrativo de mi mandante y, en consecuencia, declare que no procede incluir una partida correspondiente al IVA en la cuantificación de la garantía que, en virtud del artículo 42.2 del RD 975/2009, ha de constituirse para garantizar la restauración del espacio natural afectado por aprovechamiento minero>>.

En síntesis, entiende que existe:

<<- Infracción del art. 42.2 del Real Decreto 975/2009, de 21 de junio, de gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras ("RD 975/2009"),

- Infracción del art. 24.1.a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("TRLCSP")

- Justificación, en el caso de que la resolución recurrida hubiera sido dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, de que la norma supuestamente infringida forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea (art. 89.2.e) LJCA).

- Especialmente, fundamentación con singular referencia al caso, de que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 89.2.f).

*Circunstancias del art. 88.2 LJCA: [...] la cuestión objeto del presente procedimiento trasciende el sector minero y puede afectar a cualquier situación en la que, por mandato de la Ley, la Administración tenga que calcular una garantía.

*Circunstancias del art. 88.3 LJCA: [...] la Resolución impugnada ha aplicado normas en las que sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia, ... concurre en el presente caso una presunción *iuris et de iure* de interés casacional objetivo con base en el citado artículo>>.

SEGUNDO: Se tuvo por preparado el recurso en la instancia por Auto de siete de julio de dos mil diecisiete y, emplazadas las partes, se personaron en este Tribunal de Casación; La Sala de admisiones acordó lo siguiente:

<<1º.- Admitir a trámite el recurso de casación nº 4396/2017 preparado por la representación procesal la entidad Daytal Resources Spain, SL contra la sentencia 404/2017, de de 31 de marzo, dictada por la Sala



de lo Contencioso Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el procedimiento ordinario 743/2016.

2°.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es: "la atinente a si se permite la inclusión del IVA en la cuantificación de las garantías que han de prestarse para la restauración del medio natural afectado por aprovechamientos mineros".

3°.- Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación: "el artículo 41.4 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras y el artículo 24.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso".

4°.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5°.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto. Y

6°.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.>>

TERCERO: La parte recurrente, dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que solicita se <<dicte Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados>>.

Defiende que:

<<Tal y como se expuso en el escrito de demanda y en el escrito de conclusiones, el objeto del presente recurso se limita a determinar si el cálculo de la actualización del importe de la garantía para la restauración del espacio natural afectado por el aprovechamiento minero del que es titular mi mandante para el ejercicio 2015 debe incluir o no el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

(i) La normativa minera no permite que se incluya el IVA como una partida para el cálculo de la garantía de restauración de las explotaciones mineras.

(ii) Sin perjuicio de lo anterior, no es conforme a Derecho incluir el IVA en el cálculo de una garantía de restauración en aquellos casos, como el presente, en los que los trabajos que dicha garantía cubre tendrían que ser ejecutados por un medio propio de la Administración; y ello porque los servicios prestados por un medio propio a la Administración de la que depende no están sujetos al IVA.

[...] y ello por cuanto como a continuación se expone:

I. Infracción de los artículos 41.4 y 42.4 del RD 975/2009: el IVA no debe incluirse en el cálculo del importe de la garantía de restauración del espacio natural.

II. Infracción del artículo 24.1 del TRLCSP en relación con los artículos 41.4 y 42.4 del RD 975/2009: una eventual ejecución subsidiaria se deberá realizar a través de medios propios, que no están sujetos al IVA [...]>>

CUARTO: Concedido traslado a la recurrida, la representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León formuló su oposición a lo interesado de contrario y para solicitar una Sentencia <<[...] con íntegra desestimación del presente Recurso de Casación>>; tras la oportuna tramitación, se señaló para la deliberación, votación y fallo el diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se interpone el presente recurso contra la sentencia desestimatoria dictada el treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete por la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid), en el recurso número 743/2016, sostenido contra la resolución de 29 de julio de 2016 de la Dirección general de Energía y Minas de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León, por la que se estima parcialmente el recurso de alzada presentado contra la resolución del Servicio territorial de Industria, Comercio y Turismo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Salamanca de 22 de Junio de 2015 sobre actualización de la garantía constituida para asegurar la restauración del espacio natural afectado por la actividad minera desarrollada en la concesión de explotación de recursos de la Sección C) denominada "Los Santos. Fuentesroble", nº 6.133, situada en los términos municipales de Los Santos y Fuentesroble de Salvatierra (Salamanca).



SEGUNDO: Por Auto de siete de julio de dos mil, la Sala de admisiones acordó lo siguiente:

<<1º- Admitir a trámite el recurso de casación nº 4396/2017 preparado por la representación procesal la entidad Daytal Resources Spain, SL contra la sentencia 404/2017, de 31 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en el procedimiento ordinario 743/2016.

2º.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es: "la atinente a si se permite la inclusión del IVA en la cuantificación de las garantías que han de prestarse para la restauración del medio natural afectado por aprovechamientos mineros".

3º.- Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación: "el artículo 41.4 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras y el artículo 24.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso".

TERCERO: Según la sentencia de instancia, <<La parte recurrente funda su demanda en los siguientes motivos, primero, que la normativa minera no prevé que en el cálculo de la garantía a constituir deba tenerse en cuenta el IVA; segundo, que en el caso de llevarse a cabo la restauración de los terrenos por la propia Administración en virtud de encomiendas de gestión a entes, organismos y entidades del sector público que tengan la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, su actividad no está sujeta a IVA, y que, en el presente supuesto, la Administración Autonómica, en el supuesto de que deba llevar a cabo las labores de restauración, está obligada a ejecutarlas a través de la sociedad SOMACYL, medio propio de la Administración capaz de llevar a cabo de modo adecuado los trabajos de restauración, por lo que la actividad no estará sujeta a IVA. Y en tercer lugar que, en todo caso, la Administración podrá deducir y recuperar el IVA soportado.

Frente a dicha pretensión se ha opuesto la Administración demandada sosteniendo la conformidad a derecho de la resolución recurrida afirmando que no es posible anticipar al momento de fijar la cuantía de la garantía si la Administración va a utilizar o no un medio propio cuando en el futuro, y ante un hipotético incumplimiento de la obligación de la empresa, deba restaurar el espacio natural afectado. Que en todo caso el uso de medios propios ha de ser restrictivo, toda vez que ello supone eludir la concurrencia de licitadores, y buena prueba de ello es el actual art. 86.2 de la Ley 40/2015, y los proyectos de Ley de contratación pública actualmente en tramitación, en los que se aumentan las exigencias para el uso de estos medios para garantizar que esté justificado y no atente a los principios de libre competencia>>.

CUARTO: La sentencia objeto de recurso, enmarca el conflicto jurídico planteado, haciendo referencia a la siguiente normativa:

<<La normativa reguladora de la garantía a prestar para la restauración de los terrenos afectados por la actividad minera viene constituida, en lo que aquí interesa, por el art. 5 del DECRETO 329/1991, de 14 de noviembre, sobre restauración de Espacios Naturales afectados por actividades mineras, cuyo apartado a) dispone "Con objeto de asegurar la ejecución de las Labores de restauración programadas, el órgano competente en minería, de acuerdo con el contenido del informe de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, exigirá garantías suficientes que pudiendo ser variables en el transcurso de la explotación, tengan en cuenta los daños pendientes de corrección en cada momento, sin olvidar las acciones necesarias posteriores a la explotación. A estos efectos se exigirá al titular de la autorización la constitución de un depósito, o aval con carácter solidario e incondicionado, u otras formas de garantías previstas en la legislación vigente, que afiancen, debidamente actualizado, el coste de dicha restauración", y el d) "El importe de la garantía será actualizado en cada ejercicio mediante la aplicación del índice Nacional de Precios al Consumo y de las variaciones habidas con motivo de la confrontación de los planes de labores anuales. Asimismo, el Servicio Territorial de Economía actualizará la garantía en base a los informes que emita el Servicio Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, debidamente motivados, y a la vista de la marcha de los trabajos de explotación y de restauración. El incumplimiento de las antedichas actualizaciones será causa suficiente para iniciar el procedimiento de caducidad de la autorización>>.

Por su parte, el Decreto 975/2009 de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras, a través del cual se incorpora al ordenamiento interno español la Directiva 2006/21/CE, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas, prevé, en su art. 41.4 que <<Las garantías financieras o equivalentes deben asegurar la existencia de fondos fácilmente disponibles en cualquier momento por parte de la autoridad competente para la rehabilitación de los terrenos, tal y como se describa en el plan de restauración autorizado>>, y en el apartado 2, tanto del art. 42, como del art. 43, dispone que el cálculo de estas garantías se realizara <<...partiendo del



supuesto, en caso de ser necesario, de que terceros independientes y debidamente cualificados podrán evaluar y efectuar cualquier trabajo de rehabilitación necesario>>

QUINTO: Sostiene, en cuanto al fondo la resolución recurrida que <<En el presente caso no se trata en puridad de establecer por primera vez la garantía sino de actualizar la que estaba prestada para asegurar las labores de restauración, y ello a la vista de las labores realizadas y de las pendientes de realizar para el año 2015.

Ante esos antecedentes la norma aplicable es la contenida en el apartado d) de aquel artículo 5 que trata sobre la actualización de la garantía, tarea que puede surgir a iniciativa del propio órgano competente en materia de minería o a instancia del Servicio Territorial de Medio Ambiente según los supuestos contemplados en esa disposición.

En el caso enjuiciado el examen del expediente administrativo demuestra que la actualización resultó de una actividad conjunta de Medio Ambiente y de Industria por lo que procedía una (actualización) para cada ejercicio, conforme al IPC, según las variaciones que resulten de confrontar los planes de labores y a la vista de la marcha de los trabajos de explotación y restauración ya realizados.

Y de esta actualización la actora únicamente discrepa en si se debe incluir en el importe de la garantía el del IVA, que cifra en el 21%, sobre el precio de los trabajos a realizar conforme al plan de restauración, considerando que no debe incluirse ya que, primero, la normativa no lo prevé, segundo, en caso de que la Administración resultara obligada a realizar los trabajos de restauración los debe llevar a cabo por un medio propio y por lo tanto no sujeto a IVA, y, tercero, en todo caso, la Administración puede proceder a desgravar el IVA que soporte.

Por el contrario, la Administración sostiene que el importe de la garantía no viene condicionado por el modo en el que, en el futuro y si a ello hubiera lugar, la Administración deba ejecutar las labores de restauración y, en todo caso, los medios propios son de uso excepcional y en franca decadencia.

Pues bien, se adelanta ya que la demanda debe ser desestimada, y ello en base a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, en el marco normativo actual la restauración del territorio, se ha convertido en una prioridad que ha de tenerse presente desde antes del inicio de la actividad, siendo un medio para evitar o reducir los daños sobre la salud de las personas y el medio ambiente, y una oportunidad para dotar de una segunda vida al espacio afectado por la actividad extractiva. Los riesgos intrínsecos a las actividades extractivas obligan a la adopción de todo tipo de medidas para la prevención y la reparación de los daños que se puedan ocasionar, y entre ellas, y por lo que al supuesto se refiere, la constitución de garantías financieras que aseguren la existencia de los necesarios fondos económicos disponibles para la rehabilitación de los terrenos en el caso de que la autoridad competente deba asumir las labores de rehabilitación (art. 41.4 del R.D. 975/2009). Por ello esta garantía debe cubrir el coste de estas labores con independencia de las diversas formas o medios posibles para la Administración de llevar a cabo la ejecución las mismas, pues no es el momento de constitución de la garantía el momento en el que se va a decidir y resolver cómo se van a llevar a cabo y por quién, decisión que se adoptara en el futuro y en función de las circunstancias que concurren en ese momento (urgencia o no de la actuación, disponibilidad de medios, normativa vigente, etc...). Por ello debemos concluir que, aunque la normativa no se refiera específicamente a la inclusión del IVA para calcular el importe de la garantía, tampoco lo excluye, pues en definitiva se trata de garantizar que, llegado el caso, la Autoridad competente cuente con medios económicos suficientes para afrontar unas obras que, en principio, está obligada a llevar a cabo la empresa explotadora de los recursos mineros.

Es más, como hemos visto, el propio Decreto 975/2009 remite, para el cálculo del importe de la garantía, al supuesto en el que "terceros independientes" efectúen cualquier trabajo de rehabilitación necesario, actividad del tercero que estará sujeta a IVA.

Y, en segundo lugar, la alegada en la demanda obligatoriedad de acudir a medios propios para llevar a cabo esta actuación por parte de la Administración no resulta ser tal ya que el art. 24 del RDL 3/2011, invocado a estos efectos, en modo alguno dispone esta limitación, sino, a lo sumo, una preferencia o posibilidad más satisfactoria, que, como tal se adoptara en función de las circunstancias que concurren cuándo la Administración deba afrontar las obras.

Efectivamente el art. 24 citado dispone "1. La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de éstos sea inferior a 5.225.000 euros, cuando concurra alguna de estas circunstancias: a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución...".



Los términos "podrá" y "normalmente" corroboran lo dicho, pues deja en manos de la Administración el que, en cada caso, acuda a los medios propios o a los medios ajenos para llevar a cabo la obra.

Por lo tanto, no estando excluido, de principio, el que los trabajos de restauración se lleven a cabo por terceros independientes no cabe considerar extraño al proceso de cuantificación de la garantía a prestar el que se valore o se tenga en cuenta el importe de IVA que por dicha actividad se deberá afrontar.

Finalmente, en la demanda se alude a que, en todo caso, la Administración va a poder deducir el importe del IVA soportado en las labores de restauración, en la medida en que utilice los terrenos una vez rehabilitados para realizar operaciones sujetas y no exentas de IVA, alegación que tampoco debe ser estimada ya que plantea cuestiones de futuro que pueden o no producirse y que por ello no deben incidir de manera negativa en la cuantificación de una garantía cuya finalidad es que, llegado el caso, la Administración cuente con medios suficientes para afrontar unas obligaciones que, en principio, corresponden a la empresa explotadora de los recursos mineros>>.

SEXTO: Como se encarga de concretar la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso su objeto <<se limita a determinar si el cálculo de la actualización del importe de la garantía para la restauración del espacio natural afectado por el aprovechamiento minero del que es titular mi mandante para el ejercicio 2015 debe incluir o no el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)>>.

Dos son los argumentos principales que se sostienen en este recurso:

(i) La normativa minera no permite que se incluya el IVA como una partida para el cálculo de la garantía de restauración de las explotaciones mineras.

(ii) Sin perjuicio de lo anterior, no es conforme a Derecho incluir el IVA en el cálculo de una garantía de restauración en aquellos casos, como el presente, en los que los trabajos que dicha garantía cubre tendrían que ser ejecutados por un medio propio de la Administración; y ello porque los servicios prestados por un medio propio a la Administración de la que depende no están sujetos al IVA.

SÉPTIMO: Respecto del primer argumento, se basa la parte recurrente en los siguientes razonamientos:

1º) Si bien es cierto que la Sentencia acierta en señalar que ninguna norma del sector minero obliga a incorporar al importe de la garantía impuesto alguno, yerra al interpretar que "tampoco lo excluye" ya que los artículos 41.4 y 42.4 del RD 975/2009 establecen de forma taxativa la forma en la que dicha cuantía se habrá de calcular.

De esta manera, el art. 42.2 del RD 975/2009 dispone que:

<<El cálculo de esta garantía financiera o equivalente se realizará teniendo en cuenta el impacto ambiental de las labores mineras y el use futuro de los terrenos a rehabilitar, y partiendo del supuesto, en caso de ser necesario, de que terceros independientes y debidamente cualificados podrán evaluar y efectuar cualquier trabajo de rehabilitación necesario.>>

Resulta evidente que dicho precepto no incluye entre los conceptos a tener en cuenta para fijar la garantía prevista en el art. 42 del RD 975/2009 impuesto alguno, por lo que excluye, implícita, pero claramente, la posibilidad de incluir el IVA en el cálculo de la cuantía.

Es decir, parece claro que la literalidad del precepto transcrito no deja margen alguno para incluir el IVA en el cálculo del importe de la garantía de restauración.

2º) La exigencia del IVA carece de toda justificación jurídica ya que, llegado el caso:

(a) es posible que los trabajos cubiertos por la garantía no estén sujetos a IVA, dado que en el presente caso la Administración demandada estaría obligada a utilizar un medio propio y, por tanto, la ejecución de los trabajos nunca estaría sujeta a IVA.

(b) es posible que el IVA correspondiente a los trabajos cubiertos por la garantía pueda compensarse por parte de la Administración y, por tanto, no constituyan un coste para ésta, dado que, en el caso de que el coste de los trabajos de restauración estuviese sujeto a IVA, la Junta de Castilla y León podrá deducirse y recuperar dicho valor, por lo que no supondría ningún coste real para la Administración.

(c) es posible que el tipo impositivo del IVA en el momento de ejecución no coincida con el vigente en el momento del cálculo de la garantía, dado que el tipo impositivo del IVA no es un valor constante en el tiempo. Tan solo desde 2010 la Ley del IVA ha sido modificada un total de 26 ocasiones, en las que se ha cambiado tanto el tipo impositivo como otros elementos relevantes de este tributo.



Por tanto, resulta imposible predecir las condiciones que aplicarían al IVA en el hipotético caso de que los trabajos de restauración de la mina tuvieran que ser ejecutados por la Junta y estuvieran sujetos a este impuesto.

Ante esta situación, es posible que, habiéndose incluido el IVA en la garantía, calculado con el tipo impositivo actualmente vigente (21%), llegado el momento el tipo aplicable vigente fuera menor.

(d) Además la normativa y jurisprudencia relativa a la contratación pública y a otros sectores, ha excluido de manera expresa la inclusión del IVA en el cálculo de las garantías que los administrados han de prestar para cubrir posibles daños producidos como consecuencia de su actuación.

OCTAVO: Con independencia de tratar con posterioridad la cuestión referente a la obligación o no de la Administración de abordar los posibles trabajos de restauración con medios propios, en el caso de contar con los mismos, debemos afrontar en primer término y con carácter general la cuestión atinente a la posibilidad de incluir el IVA de la cantidad exigida como afianzamiento o aseguramiento de la realización de tales trabajos de actualización en un futuro.

A juicio de la Sala ésta es precisamente la clave sobre la que ha de construirse la respuesta judicial, esto es, la realidad es que no nos encontramos en la fase de ejecución de los trabajos de restauración, momento en el que resultaría posible dar respuesta a las hipótesis sobre las que el recurrente fundamenta su recurso, sino en una fase previa, en la cual la Administración tiene que fijar la cuantía contemplando todos los posibles medios de ejecución de los trabajos y fundamentalmente la suficiencia económica de la garantía para poder afrontarlos, suficiencia en la que habrá de incluirse el IVA para el supuesto de la encomienda de los trabajos a terceros, hipótesis que contempla la propia legislación minera.

En efecto, en consonancia con lo que acabamos de señalar, el Decreto 975/2009 de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras, prevé, en su art. 41.4 que <<Las garantías financieras o equivalentes deben asegurar la existencia de fondos fácilmente disponibles en cualquier momento por parte de la autoridad competente para la rehabilitación de los terrenos, tal y como se describa en el plan de restauración autorizado>>, y en el apartado 2, tanto del art. 42, como del art. 43, dispone que el cálculo de estas garantías se realizara <<[...] partiendo del supuesto, en caso de ser necesario, de que terceros independientes y debidamente cualificados podrán evaluar y efectuar cualquier trabajo de rehabilitación necesario>>.

En conclusión, razona de conformidad a derecho y de forma acertada la sentencia de instancia, cuando afirma que la <<garantía debe cubrir el coste de estas labores con independencia de las diversas formas o medios posibles para la Administración de llevar a cabo la ejecución las mismas, pues no es el momento de constitución de la garantía el momento en el que se va a decidir y resolver cómo se van a llevar a cabo y por quién, decisión que se adoptara en el futuro y en función de las circunstancias que concurran en ese momento (urgencia o no de la actuación, disponibilidad de medios, normativa vigente, etc. ...)>>.

NOVENO: A continuación, sostiene la parte recurrente que no es conforme a Derecho incluir el IVA en el cálculo de una garantía de restauración en aquellos casos, como el presente, en los que los trabajos que dicha garantía cubre tendrían que ser ejecutados por un medio propio de la Administración, esto es, se viene a afirmar la exigencia de que, en todo caso, los posibles trabajos de restauración se acometan por medio de una encomienda de gestión con medios propios.

Los medios propios pueden ser definidos como todos aquellos entes instrumentales, vinculados o dependientes de entidades públicas como poderes adjudicadores, a los que, cumpliendo los requisitos normativos establecidos al efecto, se puede encargar por parte de éstas la realización de encomiendas de gestión, es decir, obras, suministros o servicios que, de otra manera, se someterían a licitación con arreglo a las normas de contratación pública

En el ámbito comunitario, tradicionalmente se ha venido admitiendo la posibilidad de que la Administración, dentro de su potestad de autoorganización, y con el fin de obtener mayor eficiencia en los procedimientos de contratación, acuda a los denominados "contratos domésticos", o en términos de la jurisprudencia y doctrina europea, "in house providing", esto es, aquellos en virtud de los cuales la Administración encarga la prestación a un ente con personalidad jurídica diferenciada y propia, pero vinculado a la misma, sin necesidad de someterse a las reglas de contratación pública.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída desde la Sentencia Teckal de 1999 (as. C-107/1998) ha ido estableciendo una serie de requisitos que deben concurrir para que en la contratación pública y por aplicación de la doctrina sobre la contratación in-house la licitación no sea obligatoria, aunque el cocontratante sea una persona jurídicamente distinta del poder adjudicador.



En nuestro país la nueva Ley de Contratos del Sector Público añade dos nuevos requisitos para poder acudir a la figura del medio propio, con los que se pretende acotar más esta figura: «1.º conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio; 2.º verificación por parte de la entidad pública de la que dependa el ente de que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social». El segundo requisito viene exigido ya, para el sector público estatal, por el artículo 86 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige acreditar que la entidad dispone «de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación». Con esta exigencia se trata de evitar que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación, pudiéndose dar por esta vía situaciones de fraude de la legislación de contratación pública, como ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas, al configurarse la encomendataria «como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la Administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sometido al derecho privado)».

A estos dos requisitos añade la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, para el ámbito del sector público estatal, el de justificar que recurrir al medio propio: «a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte] sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico». La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público exige por tanto motivar con una razón económica (y por ello cuantificable) o con una razón de interés general el recurrir a esta técnica. En esta necesidad de motivación del encargo se encuentra además implícita la necesaria delimitación de su objeto.

La concurrencia de una de estas razones, así como de que el medio propio dispone de medios suficientes e idóneos para efectuar las prestaciones propias de su sector de actividad, se somete por el artículo 86 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público a dos tipos de controles: a) Un control previo, en virtud del cual «a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico».

b) Un control permanente, dado que la ley dispone que la comprobación de la concurrencia de estos requisitos «formará parte del control de eficacia de los medios propios o servicios técnicos» que corresponde realizar, en los términos expuestos, al Ministerio del que dependan o al que se adscriban. Las entidades y organismos públicos que revistieran la condición de medio propio antes de la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público deberán a este precepto, acreditando, por tanto, el cumplimiento de estas prescripciones, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, que tuvo lugar el 2 de octubre del 2016 (disp. adic. sexta).

En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión).

Partiendo de tales consideraciones, podemos concluir, en contra de lo sustentado por la recurrente que no resulta posible extraer la conclusión de la no sujeción al IVA, partiendo de la exigencia imperiosa de la administración de acudir a la ejecución por medios propios, dado que ello sólo resultará exigible cuando, llegado el momento se acrediten los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico, para llevar a cabo tal encomienda.

DÉCIMO: De acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la parte recurrente, consideramos que procede declarar como doctrina jurisprudencial que se permite la inclusión del IVA en la cuantificación de las garantías que han de prestarse para la restauración del medio natural afectado por aprovechamientos mineros.



DECIMOPRIMERO: La interpretación que se acaba de establecer conduce a la desestimación de las pretensiones que la parte deduce y precisa en el escrito de interposición del recurso, con apoyo en la interpretación defendida por la misma y que se ha rechazado.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico décimo:

Desestimar el recurso de casación 4396/2017, interpuesto contra la sentencia desestimatoria dictada el treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete por la sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid), en el recurso número 743/2016, sostenido contra la resolución de 29 de julio de 2016 de la Dirección general de Energía y Minas de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León, por la que se estima parcialmente el recurso de alzada presentado contra la resolución del Servicio territorial de Industria, Comercio y Turismo de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Salamanca de 22 de Junio de 2015 sobre actualización de la garantía constituida para asegurar la restauración del espacio natural afectado por la actividad minera desarrollada en la concesión de explotación de recursos de la Sección C) denominada "Los Santos. Fuenterroble", n° 6.133, situada en los términos municipales de Los Santos y Fuenterroble de Salvatierra (Salamanca), que queda firme; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez. Octavio Juan Herrero Pina, Juan Carlos Trillo Alonso,

Wenceslao Francisco Olea Godoy, Cesar Tolosa Tribiño.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. Cesar Tolosa Tribiño**, estando la Sala reunida en audiencia pública; Doy fe.