



ABRIL 2020



REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VLEX

v|lex

SUMARIO

► Editorial

La administración pública del presente ¿y la del futuro?

Alberto Palomar Olmeda	8
<i>Magistrado (E.V.). Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo</i>	
<i>Abogado. Socio Broseta Abogados</i>	

► Sección doctrinal

La utilización en el procedimiento administrativo de pruebas obtenidas en la instrucción de un proceso penal. El caso de las escuchas telefónicas

Ramón Terol Gómez	11
<i>Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante</i>	

La agencia ferroviaria de la Unión Europea y el impulso de la acción comunitaria

Alberto Palomar Olmeda	35
<i>Magistrado (E.V.). Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo</i>	
<i>Abogado. Socio Broseta Abogados</i>	

► Sección jurisprudencial

Cese de funcionarios interinos por ocupación de la plaza por un funcionario de carrera distinto al sustituido

Javier Fuertes López	53
<i>Magistrado</i>	

► Sectores

Ramón Terol Gómez	63
<i>Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante</i>	

CONTRATACIÓN PÚBLICA

Crónica contratación administrativa

Javier Vázquez Garranzo 63
Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Abogado de la CAIB

DERECHO SANITARIO

Hasta el rabo, todo es toro

Resolución nº 71/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid
 Recurso nº 35/2020

Even the tail, is all bull

Resolution nº 71/2020 of the Madrid Administrative Tribunal of Public Contracting
 Appeal nº 35/2020

Natalia Palomar Licerias 87
Abogada Derecho Público. Broseta Abogados

El control administrativo previo como mecanismo de intervención del régimen publicitario en el ámbito sanitario conforme a la Sentencia núm. 305/2020, de 3 marzo, del Tribunal Supremo, Sala tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª

Prior administrative control as an intervention mechanism of the advertising regime for health sector, regarding the Administrative Chamber of the Supreme Court's judgement, on the 3rd of March of 2020

Gil Manuel Perea Crespillo 99
Abogado

La conformidad a derecho del nuevo régimen de incompatibilidades entre el ejercicio profesional de farmacéutico y la distribución de medicamentos al por mayor: comentario a la Sentencia nº 59/2020, de 23 de enero de la Sala contencioso-administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo.

Legal compliance of the new incompatibilities regime between the professional practice of pharmacy and the medicines wholesale distribution: Comment of the Administrative Chamber of the Supreme Court Judgement on the 23th of January of 2020

Paula Carbonell Aparisi 106
Abogada. Broseta Abogados

EMPLEO PÚBLICO

Comentario a la Sentencia de la Sección cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo número 1657/2019, de 2 de diciembre de 2019 (reclamación de ingresos indebidos: tipo de cotización a la Seguridad Social aplicable al colectivo de conductores de camión de más de 3,5 tm tras la modificación del precepto regulador)

Javier Rodríguez Ten 117
Abogado. Universidad San Jorge (Zaragoza)

La desnaturalización del contrato de interinidad por vacante ¿un marco de inseguridad jurídica? Comentario a la sentencia de la sala de lo social de tribunal superior de justicia de madrid de 4 de octubre de 2019

Altering temporariness due to vacancy. Are we facing legal insecurity? Remark of the sentence of the Supreme Court of Madrid of the 4 of October of 2019

David Hernando Espada 124
Técnico en el Gabinete de la Secretaría General del Instituto Cervantes

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Comentario al Auto de la Sección cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2020 (desestimación de medidas cautelarísimas *inaudita* parte en recurso interpuesto contra Resolución de la Junta Electoral Central)

Javier Rodríguez Ten 133
Abogado. Universidad San Jorge (Zaragoza)

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, nº 1631/2019, de 26 de noviembre. La responsabilidad por incumplimiento de normas de derecho de la Unión Europea.

Germán García Calle 141
Interventor-tesorero de Administración local. Interventor del Ayuntamiento de Polanco (Cantabria)

Desnaturalización del procedimiento de revisión y modificación de las concesiones de aguas: comentario a la Sentencia nº 1641/2019 de 28 de noviembre de 2019 de la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo

Altering the reviewing and modifying procedure water concessions: Comment of the Judgement nº 1641/2019 on the 28 of November of 2019 of the Administrative Chamber of the Supreme Court, Section 5

Paula Carbonell Aparisi 152
Abogada. Broseta Abogados

Revisión de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción

Revision of the jurisprudential doctrine of the supreme court. Legal nature of tariffs for the provision of the public service of high or adduction water supply

Andrés Gimeno Martín 160
Abogado. Broseta Abogados

La naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta: comentario a la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Supremo nº 93/2020, de 28 de enero de 2020

The legal nature of the tariffs for the provision of the public water supply service in high: commentary on the judgment of the administrative chamber (Section 2) of the Supreme court no. 93/2020 of 28 january 2020

Anna Carrió i Sesé 166
Abogado. Broseta Abogados

GASTO PÚBLICO, SUBVENCIONES Y RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

El deber de trasladar, al Tribunal de Cuentas, los hechos presuntamente generadores de responsabilidad contable, en cumplimiento del artículo 5.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local

Carlos Cubillo Rodríguez 174
Letrado del Tribunal de Cuentas. Doctor en Derecho

OTROS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La derivación de responsabilidad ante conductas obstativas de la acción recaudatoria. Comentario a la Sentencia de 27 de enero de 2020 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo

The declaration of civic responsibility under the terms of article 42 of the General Tax Act: Commentary on the Judgement of the Administrative Chamber of the Supreme Court of 27 January 2020

Luis Ernesto Guerrero Jiménez 188
Abogado

Legitimación de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual en los procedimientos de autorización de nuevas entidades. Comentario a la Sentencia nº 2/2020, de 14 de enero, de la Sala tercera, Sección 4ª, del Tribunal Supremo

Legitimation of intellectual property rights management entities in the procedure for authorising new management entities. Comment on the Supreme Court Judgement nº 2/2020, on the 14th of January of 2020

Noelia Moreno Renart 196
Abogada.

► **Novedades e iniciativas normativas**

Natalia Palomar Licerias 204
Abogada. Asociada Derecho Público. Broseta Abogados

► **Bibliografía**

Recensión de la obra "Practicum: contratación administrativa"

Sergio Silvestre Delgado 214
Letrado del Tribunal de Cuentas

Novedades bibliográficas sobre procedimiento administrativo

Antonio Descalzo González 218
Universidad Carlos III de Madrid

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ORIGINALES

Los trabajos que serán objeto de publicación en la Revista de Derecho Administrativo Vlex (RDAVLex) habrán de ser originales e inéditos. En el caso de haber sido previamente publicados en una obra colectiva será precisa la autorización de la Dirección.

Los trabajos deberán escritos en español, en Microsoft Word o formato compatible, y se deberán enviar por correo electrónico a la dirección **revistaderechoadministrativo@vlex.com**. Y se enviará, junto con el original, un duplicado del trabajo anonimizado para facilitar su evaluación anónima y por pares.

Los trabajos deberán escribirse con interlineado sencillo, en letra times new roman de tamaño 12. Las notas a pie de página se escribirán con el mismo interlineado y tipo de letra, con tamaño 10.

Se deberán incluir en la primera página el título del trabajo en letra mayúscula y negrita, seguido del nombre y apellidos de su autor o autora, incluyendo su cargo profesional y, en su caso, la institución a la que pertenece. Todo ello precediendo el sumario del trabajo, que precederá un resumen del mismo y una relación de hasta cinco palabras clave. El resumen y las palabras clave deberán redactarse en español y en inglés.

Los epígrafes del trabajo se ordenarán en números romanos, I., II., III., IV., y los subepígrafes se ordenarán numéricamente: 1, 1.1., usándose letras a partir del tercer subepígrafe: a), b). Todo ello con letra negrita.

Las referencias bibliográficas se ubicarán a pie de página, sin perjuicio de incluir un último epígrafe no numerado en mayúsculas y negrita titulado BIBLIOGRAFÍA, donde se incluirá en orden alfabético toda la que se haya citado.

La bibliografía se citará de la siguiente manera:

Monografía: APELLIDO APELLIDO, N.: *Título de obra*. Editorial, Lugar, Año.

Artículo de revista o capítulo en obra colectiva: APELLIDO APELLIDO, N.: «Nombre del Artículo», *Nombre de la revista o publicación*. Editorial, Lugar, Año.

La referencia a una página se citará como p. y si es a varias páginas pp.

Las obras que ya hayan sido citadas en el mismo trabajo se citarán de forma abreviada indicando: APELLIDO APELLIDO, N., cit., p.

EDITORIAL

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL PRESENTE ¿Y LA DEL FUTURO?

Es probable que una situación como la presente no pudiera ser prevista ni siquiera intuida. Hemos teorizado mucho sobre el riesgo en la sociedad global o sobre el incremento creciente de los riesgos, pero el paso tan brusco que hemos dado del riesgo al siniestro no estaba previsto ni era previsible. Esto es evidente.

Siendo esto razonable cabe plantearse si hubiera sido posible amortiguar el golpe o, por decirlo, en otros términos, si hubiera sido exigible ser más eficaces en la subvención de la crisis.

Desde un punto de vista estructural cabe indicar que son apreciables dos deficiencias en el funcionamiento administrativo actual. De un lado, el abandono evidente de la Administración Pública. Sus políticas de profesionalización, de organización, de responsabilidad, de digitalización o, incluso, de reclutamiento de su personal son políticas abandonadas en los últimos tiempos. Primero la crisis económica, luego la política y ahora la sanitaria han propiciado que a nadie le parezca importante ni relevante dedicar su tiempo a la reforma y reformulación de lo público. De alguna forma se piensa que es algo interno, sin repercusión externa y, desde muchos sectores, un sector fuertemente improductivo que habría que ir reduciendo paulatinamente para descargar a los ciudadanos de su peso.

Esta forma de pensar se ha formulado, en algunos casos, de forma explícita y, en otros, simplemente de forma implícita o por mera tolerancia. Esto ha generado una situación de una Administración Pública escasamente

modernizada en su forma de actuación, muy envejecida por las políticas de recorte en el reclutamiento del personal y sin un esquema claro ni evidente de actuación en un mundo global y, profundamente, tecnológico.

La transformación es tan evidente y tan poco pensada que la inercia es la tónica esencial de su funcionamiento. Si pensamos en clave de la historia reciente no encontraremos reformistas de lo público y, probablemente, nos costaría señalar a alguno que, al menos, lo intentara. Lo público tiene mala prensa y su defensa ha quedado para los foros académicos, para la doctrina y para algún sector ideológico que, ciertamente, tampoco ayuda con su concepción nada moderna ni ajustada a los tiempos.

De otro lado, en el marco de un Estado compuesto, las técnicas y la práctica diaria de las técnicas de relación interadministrativa dejan mucho que desear, incluso, en elementos tan instrumentales como la información. Tenemos muchas carencias relacionales empezando por un sistema de tratamiento común de la información para la formulación de las respectivas políticas con el conocimiento de la situación. Si la información pasa apuros, la coordinación y la cooperación no son elementos que formen parte de nuestro panorama. La politización angustiosa de los órganos de colaboración y cooperación generan un panorama en el que cuesta encontrar elementos de racionalidad.

Pero este diagnóstico al que nos venimos refiriendo desde diversos mundos en los últimos tiempos ha saltado hecho añicos en un momento como el presente. De repente una crisis como la actual –sin precedentes– nos ha puesto insospechadamente ante el espe-

jo y hemos visto la situación. Sin eficiencia no hay soluciones y sin coordinación no hay soluciones globales y, de alguna forma, nos preguntamos ¿cómo hemos llegado hasta aquí?

De repente, por ejemplo, a un ministerio no gestor y no suficientemente cooperador como el de Sanidad le estamos pidiendo gestión directa, eficacia y coordinación. El resultado es, ciertamente, complejo de evaluar en este momento, pero, al menos, si podemos indicar que la capacidad de liderazgo social, de eficiencia en las soluciones y de coordinación de los sistemas territoriales está, cuando menos, muy mermado. No se ha transmitido seguridad a la sociedad ni, probablemente, a los propios actores.

El ejemplo es bueno. Si la opción constitucional es la determinación de que la gestión sanitaria quede en manos de las Comunidades Autónomas es evidente que se necesitan políticas fuertes y consolidadas de información, de planificación, de inspección y de control para saber cual es, realmente, la situación de algo que pomposamente denominamos Sistema nacional de Salud. Que la gestión esté descentralizada es una opción de gestión que exige reforzar el conocimiento general y la coordinación operativa. Sin estos instrumentos el Sistema se vuelve subsistemas y la ordenación general da paso al aislamiento.

Sin una información homogénea, consolidada y veraz, sin sistemas de conocimiento profundo de los subsistemas, sin políticas comunes, sin planificación general y especial –por ejemplo, para la lucha contra las pandemias– la conversión del Ministerio de Sanidad en un gestor eficaz es, en términos de gestión, un milagro. Por tanto, esa es la clave. Hemos abandonado o preterido las técnicas de conocimiento suficiente para la adopción de decisiones operativas y, sin embargo, convertimos al Ministerio en un ministerio de gestión.

Como se indicaba, ni es el momento ni se tienen los instrumentos ni la perspectiva para la evaluación de los resultados, pero lo que es cierto es que la percepción social ha sido, cuando menos, inquietante. Esta inquietud tiene ejemplos evidentes. Hoy, quince días después de la declaración del estado de alarma se publica el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del Covid-19 y se modifica la normativa de contratos para declarar que los anticipos en la contratación exterior son posibles, con el carácter de a justificar, y que la firma de los contratos puede corresponder a los Jefes de Delegación exterior. La pregunta es evidente ¿hemos tardado quince días en identificar estos problemas? Parece que sí y, aunque estemos en una situación de emergencia en la que todo se va improvisando, es claro que se antoja demasiado tiempo para una cuestión bastante sencilla de entender cuando el aprovisionamiento de bienes y servicios se tiene que hacer en mercados inestables y no nacionales.

Situados en este plano cabe plantearse cuales son las experiencias, dramáticamente aprendidas, de una situación como la que estamos viviendo. La respuesta es que es preciso organizar y pensar en clave estratégica en la organización y funcionamiento de la Administración Pública.

En este punto cabe indicar que la profesionalización de la gestión pública se ha convertido en una necesidad acuciante. Es preciso un esfuerzo y una concertación colectiva para asegurar a los ciudadanos que son los profesionales los que lideran este enorme aparato y no amateurs que ocasionalmente se acercan a lo público con más intereses personal, de partido o ideológico que de servicio profesional al sistema. La Administración Pública se sirve por empleados públicos y debe responder a un esquema de profesional que

hemos olvidado o preterido en los últimos años. Confundir profesionalidad con endogamia ha sido uno de los problemas históricos que nos ha llevado a confundir la lucha corporativa con la admisibilidad general de la competencia para gestionar lo público. La dirección pública profesional es una demanda social inaplazable. También los mecanismos de su adecuada instauración, esto es, el control y la responsabilidad en clave profesional. Pero sin la primera, esta segunda carece de sentido.

Adicionalmente, es preciso allegar un consenso sobre el alcance del efecto prestacional del Estado, pero, una vez establecida una conclusión, lo determinante es proveer los servicios con eficacia, racionalidad y sinceridad. Causa sonrojo ver los números de la interinidad y la precariedad en el empleo, por ejemplo, en sanidad. Si precariedad es la consecuencia de la no seguridad en que se trata de empleo estructural podríamos ahora preguntarnos ¿realmente alguien piensa que sin empleo precario funciona mínimamente la sanidad española? Y si estamos en posición de afirmar que no, la pregunta siguiente es ¿Por qué era, son y pueden seguir siendo precarios? No es esta una forma sincera de gestión sino una técnica de maquillaje que cuando exige un esfuerzo colectivo nos sitúa –más allá de la profesionalidad de los empleados– ante un esquema deficiente de solución, de compromiso y de presencia social.

La ideología y el propio modelo político se sitúan en el primero de los aspectos que hemos indicado: el consenso social sobre lo público. Pero este plano no puede contagiar la

gestión. La gestión exige seriedad, compromiso y realidad. Sin esto, se debilita la Administración y se debilita el Estado hasta propiciar la crisis institucional y de credibilidad general que en estos momentos se expande por la sociedad aunque, probablemente, recorra, igualmente, rápido el camino contrario cuando se ve la operatividad y la solvencia del ejército, de las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado, del personal sanitario y, en general de los prestadores de servicios públicos que, claramente, han suplido con vocación y entrega –en muchos casos hasta límites que no son exigibles– las insuficiencias de un modelo de organización.

En este estado de cosas hay que pensar que los próximos años serán de una reconstrucción de muchas cosas, de muchas instituciones, organizaciones. La Administración tiene que contribuir, con eficacia, a la reconstrucción del tejido social tanto con políticas subvencionales y de apoyo como con políticas de incentivación y estímulo a los sectores productivos. Esto exige aparatos profesionales, ordenados, tecnológicamente avanzados y puestos a disposición de las necesidades de la sociedad. Unas necesidades apremiantes y, en gran medida distintas, exigen un esfuerzo adicional en la ordenación del sistema público y en su legitimación como palanca y seguro de las necesidades sociales.

La Administración del presente debe dejar paso a una Administración diferente con la que afrontar un futuro que rápida e inesperadamente se ha vuelto de otra forma y con otros mimbres diferentes a los históricos.

Alberto Palomar Olmeda

*Magistrado (E.V). Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo.
Abogado. Socio Broseta Abogados*

► **Sección doctrinal**

LA UTILIZACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE PRUEBAS OBTENIDAS EN LA INSTRUCCIÓN DE UN PROCESO PENAL. EL CASO DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS¹

Autor: Ramón Terol Gómez

Cargo: Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

Resumen: En el presente trabajo vamos a tratar de responder a la cuestión de si nuestro ordenamiento jurídico permite la utilización, fuera del concreto proceso penal en que se ordenan, de la transcripción de la grabación de conversaciones ordenadas por el juez instructor en el mismo. A tal fin, tras referirnos al alcance del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, señalaremos cuál es el régimen de las pruebas en el procedimiento administrativo y, sobre todo, cuál es el criterio de la jurisprudencia respecto de la utilización de tales pruebas en otro proceso penal, en un proceso laboral y en procedimiento administrativo sea este o no sancionador o disciplinario.

Palabras clave: Secreto de las comunicaciones, grabación de conversaciones, proceso penal, procedimiento administrativo.

Abstract: In this chapter we will try to answer the question of whether our legal system allows the use, outside of the concrete criminal process in which they are ordered, of the transcription of the recording of conversations ordered by the judge in the same process. After referring the scope of the fundamental right to secrecy of communications, we will indicate what is the legal regime for obtaining evidences in the administrative procedure and, above all, what is the criterion of the jurisprudence regarding the use of such evidences in another criminal process, in a labor process and in an administrative proceeding, whether this is sanctioning or disciplinary.

Keywords: secrecy of communications, recording of private conversations, criminal process, administrative procedure.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL
- II. SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EN PARTICULAR EN EL SANCIONADOR
- III. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS COMO PRUEBA EN EL PROCESO PENAL
- IV. ¿ES POSIBLE LA UTILIZACIÓN DEL CONTENIDO DE ESCUCHAS TELEFÓNICAS ORDENADAS EN UNA INSTRUCCIÓN PENAL EN OTROS ÁMBITOS?

1. Referencia al uso en otro proceso penal. Los denominados “hallazgos casuales”
2. El uso en el procedimiento administrativo sancionador o disciplinario.
3. El uso en la jurisdicción social de escuchas telefónicas obtenidas en un proceso penal.
4. ¿Y su uso en un procedimiento administrativo donde no se ejerce la potestad sancionadora?. El “caso Soule” y las elecciones en la Real Federación Española de Fútbol.

I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL

Quedando la potestad punitiva del Estado compartida entre los Juzgados y Tribunales del orden penal y la Administración pública, que ostenta la potestad sancionadora, es clara la conexión entre ambos órdenes. Dependiendo del legislador la decisión de considerar que una determinada conducta es merecedora de reproche, este también ha de decidir si la misma merece el mayor de los reproches –integrándola en un tipo del Código Penal– o bien, en un tipo sancionador, dejando en manos de la Administración pública la retribución negativa de la indicada conducta, imponiendo una sanción administrativa.

A partir de esta premisa, las relaciones entre uno y otro orden son tan evidentes como continuas y, también y en ocasiones, problemáticas. Ni que decir tiene que existen mecanismos que nuestro ordenamiento articula para evitar que haya indeseables duplicidades, optando por institutos como la preferencia de la jurisdicción penal –hoy indiscutida– y, desde luego la prohibición del *bis in ídem*, pues no es poco frecuente que determinadas conductas además de integrar un tipo penal, sean susceptibles de integrar el supuesto de hecho de una infracción administrativa.

La complementariedad de ambos órdenes se hace especialmente patente mediante,

entre otras cosas, los denominados tipos penales en blanco, en los que el supuesto de hecho precisa de una infracción administrativa cuya concurrencia, precisamente, ha de ser objeto de apreciación por el juez penal, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)² y a la interpretación que del precepto ha llevado a cabo la jurisprudencia³, que viene a contradecir un sector importante de la doctrina tanto penalista como administrativista que se ha posicionado a favor de la admisión de cuestiones pre-judiciales devolutivas en el enjuiciamiento de los delitos penales en blanco, y en la que nos inscribimos⁴.

Esta dialéctica es ciertamente compleja y rica en matices, y más si tenemos en cuenta que el carácter masivo y expansivo de la legislación administrativa, que solía ser un signo de distinción respecto del Derecho Penal –donde rige la absoluta reserva de Ley Orgánica y la aplicación para la represión penal del principio de última ratio–, en los últimos tiempos se asiste a una evidente expansión del Derecho Penal, de cuyos riesgos y consecuencias ha advertido el profesor MORILLAS⁵.

En este contexto, hay que reconocer además la existencia de ámbitos de actuación de los poderes públicos en los que tradicionalmente ha existido una regulación administrati-

va para prevenir determinadas conductas socialmente rechazables y que se ha manifestado palmariamente insuficiente para evitar que se produzcan. Ese por ejemplo es el caso, en el ámbito del deporte, de los amaños de los resultados de encuentros, un supuesto de fraude en el que se han revelado ineficaces las autoridades deportivas dadas las obvias dificultades en la obtención de pruebas que acrediten las indicadas conductas. Tanto, que se reformó el Código Penal en 2010 introduciendo un nuevo tipo penal denominado en la doctrina penalista delito de "fraude en el deporte"⁶, en una línea en la que además se sitúa el Convenio Europeo sobre la Manipulación de Competiciones Deportivas, del Consejo de Europa⁷, –aprobado el 9 de julio de 2014 y abierto a la firma de los distintos Estados desde el 18 de septiembre de 2014, lo que hizo España con fecha 7 de julio de 2015–, cuyo artículo 15 establece que "cada Parte se cercionará de que su legislación permite imponer sanciones penales a la manipulación de competiciones deportivas ...", lo que entendemos como una decidida apuesta por la entrada del Derecho Penal en este ámbito⁸.

Es claro que las posibilidades de obtener pruebas cuando se persiguen infracciones administrativas no tiene, ni de lejos, el alcance que ello puede llegar a tener cuando de perseguir delitos se trata, pues sólo cabe excepcionar la regla establecida en el artículo 11.1 LOPJ en el sentido de que "... no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales", cuando estamos en un proceso penal, único ámbito en el que con las garantías establecidas en la ley pueden ordenarse o autorizarse por la autoridad judicial pruebas cuya obtención constituya una intromisión en derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, como es el caso de unas escuchas telefónicas en lo que a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones se refiere.

Realizado este planteamiento general y bajo las premisas indicadas, en el presente trabajo vamos a ocuparnos de la utilización –de si esta es jurídicamente admisible– en el procedimiento administrativo de pruebas consistentes en escuchas telefónicas obtenidas en el proceso penal.

No entraremos en el uso de otro tipo de pruebas, lo que ha sido objeto de regulación y planteamiento de distintos conflictos en otros ámbitos como, por poner un ejemplo, el de la lucha contra el dopaje en el deporte y la polémica suscitada por la conocida "Operación Puerto"⁹.

Centrados, como señalamos, en las pruebas consistentes en escuchas telefónicas, pasamos seguidamente a hacer una breve referencia a la prueba en el procedimiento administrativo, para después detenernos en el alcance del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la posibilidad de injerencias en el mismo en el marco de una investigación penal.

A partir de ahí, nos referiremos a la posición de la jurisprudencia cuando las indicadas pruebas salen, para otras finalidades y hacia otros procedimientos, fuera del proceso penal en el que se ordenaron.

Paradigma de todo ello fueros los acontecimientos que sucedieron en relación con la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) en la conocida como "Operación Soule", con la detención en julio de 2017 de su Presidente ordenada en el marco de un proceso penal seguido por la Audiencia Nacional, y que precedió a distintas y variadas actuaciones en relación con el proceso electoral concluido en la indicada RFEF pocos meses antes de tales fechas. A todo ello prestaremos también atención.

II. SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, Y EN PARTICULAR EN EL SANCIONADOR

Es claro que dentro del procedimiento administrativo constituye un aspecto esencial la acreditación de la realidad de los hechos cuya concurrencia constituyen el presupuesto fáctico de la norma o las normas que se quieran aplicar. En este sentido, tanto la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 80 y 81) como la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), no contienen una regulación pormenorizada de la cuestión, sino que se remiten a la regulación general en el proceso contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); concretamente en los preceptos contenidos en los Capítulos V y VI del Título I del Libro II (artículos 281 a 386). De hecho, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) hace igual remisión al establecer que “La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, ...” (artículo 60.4).

Establece por tanto el artículo 77.1 LPAC que “Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

En otras palabras, y quedando admitido cualquier medio de prueba en esos términos tan abiertos –como testifical, pericial, confesión o documental–, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 19 de junio de 2001, “... las únicas

pruebas que deben de practicarse en todo procedimiento administrativo son aquellas que conduzcan a acreditar hechos relevantes para la decisión del mismo,...”.

Que haya de tratarse de prueba “admisible en Derecho” hace referencia a que estas no pueden ser ilegales, pues como indicara la Sentencia de la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006. “... Procede dejar constancia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de valorar en un procedimiento administrativo sancionador pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, que, en relación con su incidencia en el proceso penal, se resume en la [sentencia constitucional 259/2005](#), requiriendo para que se pueda hablar de prueba derivada de una prueba ilícita, que exista conexión natural o causal entre la prueba ilícita y las pruebas de cargo utilizadas, y que concurra lo que se denomina “conexión de antijuridicidad”, esto es, la exigencia de un nexo entre una y otras, que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas...”.

Como señala BARRERO, la expresión que emplea la LPAC –exactamente la misma que empleaba la legislación que la precedió– se traduce, en último término, en la exclusión de las pruebas “que eventualmente puedan estar legalmente prohibidas o sencillamente resulten contrarias a la propia naturaleza y características del procedimiento administrativo”¹⁰.

Asimismo, y siguiendo a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2003, tenemos la doctrina establecida al respecto, cuando señala que:

“... Por último debe dejarse constancia de la consolidada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la utilización de los me-

dios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), y que puede sintetizarse así en sus líneas principales (SSTC 165/2001, de 16 de julio, F. 2, 168/2002, de 30 de septiembre, F. 3 y 131/2003, de 30 de junio, F.3):

a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, F. 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, F. 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, F. 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 189/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, F. 2)...".

Respecto de la apertura del período de prueba y la admisión de estas por la Admi-

nistración, el artículo 77 LPAC indica la regla ya tradicional de que "Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días" (apartado 2).

Sobre el derecho a presentar o aportar pruebas, este no viene como incondicionado para los interesados, y "El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada" (artículo 77.3), pues como indica la *Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1990, de 15 de febrero*:

"... constituye una doctrina jurisprudencial muy reiterada por este Tribunal, que el derecho al empleo de los medios de prueba pertinentes no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes ni desapodera el Juez, y en este caso primero el Instructor del expediente administrativo, de su derecho a enjuiciar la pertinencia para la solución del asunto de las pruebas que se solicitan y a ordenar la forma en que deben ser practicadas. Y, en todo caso, las declaraciones testificales controvertidas constaban en el expediente administrativo y de ellas tuvo conocimiento el recurrente, quien pudo, primero, oponer frente a las mismas lo que estimara conveniente y, más tarde, solicitar su práctica en sede judicial cuando se recibió a prueba el recurso contencioso-administrativo ordinario resuel-

to por la Sentencia de 30 de diciembre de 1987. Sin embargo, nada de esto se hizo, motivación de rechazo que allí mismo le ofreció la Sala (fundamento jurídico 4º), al ahora demandante de amparo y que no cabe sino compartir..."¹¹.

Junto a estas indicaciones de carácter general ya asumidas, el artículo 77 LPAC contiene otras que se recogían también en la legislación precedente para el ámbito sancionador, donde ha de prestarse especial atención tanto a la presunción de inocencia como al derecho de defensa, debiendo trasladarse a este ámbito –con los matices precisos– los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución, que reconoce como es sabido el derecho a la tutela judicial efectiva¹².

Se establece así que "En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien" (apartado 4).

Condicionante este que, atendiendo a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre](#) relativa a las circunstancias en las que puede darse la imposición de sanciones administrativas, menciona como una de ellas la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial, que consiste en el control posterior de los actos sancionadores por la jurisdicción contencioso-administrativa y a la preferencia de la jurisdicción penal en el enjuiciamiento y, por lo que aquí interesa, determinación de los hechos susceptibles de ser enjuiciados por el orden administrativo y aquella jurisdicción¹³.

Evidentemente, el efecto será distinto según sea absolutoria o condenatoria la sentencia. Sin entrar en mayores consideraciones y con carácter general, podemos afirmar que si la

sentencia penal es condenatoria se activa la regla de prohibición del *bis in idem* y vincula plenamente a la Administración. Si la sentencia absolutoria declara que los hechos no existieron la Administración tendrá vedado sancionar por su comisión, del mismo modo que si la Sentencia declara que existieron los hechos, pero no sanciona por ellos, la Administración debe tenerlos en consideración en el expediente, y, finalmente, si la Sentencia absolutoria indicara que los hechos no se han probado, la Administración deberá acreditarlos en el expediente¹⁴.

Y como señala RUIGOMEZ¹⁵, esto también se predica no solo de las sentencias sino también de los autos que acuerdan el sobreseimiento, en los que se detallan los hechos que considerándose probados motivan tal decisión.

Apuntado todo lo anterior, y con carácter previo a pronunciarnos sobre si la utilización de escuchas telefónicas obtenidas en el proceso penal puede constituir una prueba lícita en el procedimiento administrativo, vamos a referirnos seguidamente a los derechos fundamentales implicados.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS COMO PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

El artículo 18.3 de la Constitución (CE) es claro al establecer que "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial" conformando así un derecho fundamental específico respecto del genérico derecho a la intimidad personal y familiar, que goza obviamente de la protección que a los derechos fundamentales dispensa la propia CE al determinar que sólo por ley

se pueda regular su ejercicio (artículo 53.1) y que esta Ley haya de ser necesariamente orgánica (artículo 81.1), sin perjuicio de su protección jurisdiccional preferente y sumaria y la posibilidad de interponer el recurso de amparo y por quienes estén constitucionalmente legitimados el de inconstitucionalidad contra las indicadas leyes [artículos 53.2 y 161.1.a)].

Hay que tener en cuenta asimismo que debiendo las indicadas leyes reguladoras o que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales respetar su contenido esencial ex artículo 53.1 CE, es evidente que ha de tenerse en cuenta a efectos interpretativos lo dispuesto en el artículo 10 de la misma CE cuando establece que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (apartado 2).

Los derechos fundamentales establecidos en nuestra CE, entre los que está como señalamos el derecho al secreto de las comunicaciones, están recogidos y garantizados en el plano internacional en instrumentos tan consolidados como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, aprobada por su Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, o el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 25 de agosto de 1950 y abierto a la firma en Roma el 4 de noviembre del mismo año, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 al haberse depositado el décimo instrumento de ratificación¹⁶. Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales.

El Convenio ha sido desarrollado y modificado por diversos protocolos adicionales que han añadido el reconocimiento de otros derechos y libertades al listado inicial o han mejorado las garantías de control establecidas. Por otra parte, el número de Estados miembros se ha ido incrementando hasta abarcar casi todo el continente europeo. Su antigüedad y desarrollo lo convierten en el más importante sistema de protección de los derechos humanos en el mundo, y ha sido ratificado por los 47 países miembros del Consejo de Europa, Suiza incluida.

Del CEDH interesa lo dispuesto en su artículo 8, que rubricado "Derecho al respeto a la vida privada y familiar", establece:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

A tales instrumentos se unió la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue proclamada conjuntamente por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000¹⁷, indicando respecto de la misma en la declaración Anexa al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Liberta-

des Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”.

La Carta de los Derechos Fundamentales reúne en un único texto los derechos fundamentales en vigor en la Unión Europea (UE), y sus disposiciones están dirigidas a las instituciones y organismos de la UE, así como sus Estados miembros. La legislación comunitaria y nacional debe ser congruente con los principios establecidos en la Carta, que es únicamente de aplicación legal si las instituciones y los Estados miembros aplican la legislación comunitaria. No amplía las competencias de la Unión más allá de lo dispuesto en los Tratados, y con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la Carta (modificada en diciembre de 2007) adquirió el mismo valor jurídico que los Tratados, así como el mismo carácter vinculante.

En lo que al secreto de las comunicaciones se refiere, la Carta en su artículo 7 (Respeto de la vida privada y familiar), establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

Sin entrar en la dialéctica entre los señalados instrumentos internacionales¹⁸, hay que destacar la salvaguarda que en los mismos se establece y especialmente respecto del CEDH con la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo, y cuya jurisprudencia vincula a España de acuerdo con el antes indicado artículo 10 CE.

De ahí que nuestro Tribunal Constitucional, al determinar el alcance de los derechos fundamentales, se remita a pronunciamientos del TEDH. Así y en lo que al derecho al secreto de las comunicaciones se refiere, podemos mencionar la [Sentencia 230/2007, de 5 de noviembre](#), en la que se señala lo siguiente:

“Por lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), este Tribunal ha reiterado que este derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento anti-jurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del “secreto”– la libertad de las comunicaciones, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto –que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación– como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado –apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, de ahí que se haya afirmado que la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, toda vez que el acceso y registro de los datos que figuran en dichos listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas, [SSTC 123/2002, de 20 de mayo](#), FJ 4, ó [56/2003, de 24 de marzo](#), FJ 2, y [SSTEDH de 2 de agosto de 1984](#), caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, entre las últimas, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 43)...”.

Con este alcance, es claro que el indicado derecho fundamental puede restringirse, como señala el apartado 2 del antes transcrito artículo 8 CEDH, en tanto en cuanto

“... esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Precepto este que lo que viene a permitir es que en la instrucción de un proceso penal el juez instructor ordene la intervención de las comunicaciones, de acuerdo con la ley, pues como señalara la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010, “... para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, partiendo de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida”.

En esta línea está también la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014, cuando indica que:

“... han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido.

Por su parte, esta Sala, en seguimiento de la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (vd. sentencia núm. 867/2014, de 11 de diciembre y las que allí se citan) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida –expresa esta doctrina– debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las “buenas razones” o “fuertes presunciones” a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi –5 de junio de 1997–, o Klass –6 de septiembre de 1998–. Se trata de términos

semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim...”.

Esto constituye, como indicamos, un criterio fuertemente asentado en nuestra jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional –siguiendo la del TEDH–, de lo que es exponente, entre otras, su [Sentencia 104/2006, de 3 de abril](#), cuando indica condensándola que:

“... ciertamente, la adecuación a la Constitución de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) precisa, entre otras condiciones, haberse autorizado judicialmente en resolución en la que deben exteriorizarse, por sí misma o mediante su remisión a la solicitud de la autoridad que solicita la intervención, los elementos necesarios para ponderar que la medida se ajusta al principio de proporcionalidad y que se ha acordado, no como medida prospectiva genérica para la investigación delictiva, sino en relación con personas y hechos delictivos determinados, respecto de concretas líneas telefónicas con sujeción a plazos prefijados. De forma que las resoluciones judiciales de autorización de las intervenciones telefónicas deben contener datos relativos al marco espacial –líneas telefónicas delimitadas–, temporal –plazos–, objetivo –hechos delictivos investigados– y subjetivo –personas conectadas con los hechos delictivos y titulares o usuarios de las líneas telefónicas– de la misma, y la ejecución policial de la medida debe efectuarse en el marco fijado en las autorizaciones judiciales (por todas, [STC 171/1999, de 27 de septiembre](#))...”.

A la última sentencia del Tribunal Constitucional indicada, podemos añadir las [Sentencias 49/1999, de 5 de abril](#); [167/2002, de 18 de septiembre](#); [184/2003, de 23 de octubre](#); [165/2005, de 20 de junio](#), y [261/2005, de 24 de octubre](#), entre otras muchas. Y espe-

cialmente la [Sentencia 145/2014, de 22 de septiembre](#), que se expresa en los siguientes términos:

“En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, nuestra doctrina ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE. Dicho sintéticamente, éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Por ello, el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas ([SSTC 167/2002, de 18 de septiembre](#), FJ 2; [184/2003, de 23 de octubre](#), FJ 11; y [197/2009, de 28 de septiembre](#), FJ 4). Tiene además que determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez (por todas, [SSTC 261/2005, de 24 de octubre](#), FJ 2; y [219/2009, de 21 de diciembre](#), FJ 4). Tales exigencias de motivación se reproducen en las prórrogas y en las nuevas escuchas acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de ésta con carácter previo al acuerdo de prórroga, explicitando las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita

o presunta a la inicial (en el mismo sentido, SSTC 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 26/2010, de 27 de abril, FJ 2)“.

La regulación de las intervenciones telefónicas, respondiendo a los criterios sentados por la jurisprudencia, la tenemos en Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), y más en concreto en el Capítulo IV de su Título VIII relativo a las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE. El indicado Capítulo debe su redacción a lo establecido en el artículo único.13 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, y comprende los artículos 588 bis a) y siguientes.

Sin entrar en el análisis de los indicados preceptos¹⁹, nos limitaremos a señalar que en los mismos luce que el presupuesto para ordenar escuchas telefónicas, en cuanto constituye una injerencia en derechos fundamentales, es que se trate de la investigación de delitos concretos y además de los de mayor gravedad o reproche social como son los de terrorismo, organización criminal o dolosos castigados con penas de al menos tres años de prisión. Señalar además que el único supuesto en que el resultado de las escuchas puede llegar a utilizarse en otro proceso está expresamente regulado y se refiere sólo a otro de índole penal y si se dan las circunstancias previstas en el artículo 579 bis 2 LECrím, a lo que más adelante haremos referencia.

Es claro que, si la prueba se obtiene sin respetar las condiciones que para su obtención requiere la LECrím, esta devendrá nula y, por tanto, ilegal o prohibida²⁰.

IV. ¿ES POSIBLE LA UTILIZACIÓN DEL CONTENIDO DE ESCUCHAS TELEFÓNICAS ORDENADAS EN UNA INSTRUCCIÓN PENAL EN OTROS ÁMBITOS?. LA RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA

1. Referencia al uso en otro proceso penal. Los denominados “hallazgos casuales”

El supuesto a que vamos a referirnos es el que se da en el caso que, ordenadas unas escuchas telefónicas para la persecución de un delito determinado, en el curso de las mismas se evidencia la comisión de otro bien distinto. A este respecto, resultó fundamental la doctrina sentada por el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1992, resolviendo sobre el conocido como “caso Naseiro”, en que investigándose un delito de narcotráfico se descubrió un delito de cohecho.

Sostuvo aquí el Tribunal Supremo, tratándose de una divergencia entre el delito objeto de investigación –para lo que se ordenaron las escuchas– y el que de hecho se investiga –el cohecho–, el mismo argumento que la Sentencia del TEDH de 24 de abril de 1999 en el caso *Kruslin* contra Francia, que “... contempla una situación consistente en una escucha telefónica ordenada por el Juez de Instrucción, en Francia, en el marco de un proceso distinto, y se dice: Las escuchas, aunque fueron efectuadas sobre una determinada línea, condujeron a la policía judicial a interceptar y grabar varias conversaciones del demandante, una de ellas iniciadora de la apertura de diligencias en su contra. Las escuchas constituían, por tanto, se señala, una injerencia de la Autoridad pública en el ejercicio del derecho del interesado al respeto de su correspondencia y de su vida privada (Ver, también, Sentencias Caso *Klass* y otros, de 8-9-1978, y Caso *Malone*, de 2-8-1984). Tal injerencia, concluye, viola el art. 8 del Convenio en el caso de que «prevista por la Ley»

persiga uno o varios de los objetivos legítimos señalados en el párr. 2 y, además, sea necesaria en una sociedad democrática para conseguirla, y estas exigencias, cuando no se dan, suponen la violación del Convenio. No ofrece duda que el cumplimiento de esta exigencia no debe comportar en la práctica excesivas dificultades. Basta con que, en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente.

Los derechos fundamentales tienen un incuestionable poder de expansión. Ni el legislador ni la jurisprudencia pueden contribuir a hacerles perder su esencialidad. Antes, al contrario, ha de contribuirse a la plenitud de su vigencia”.

De acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, el Auto indica que “... sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y sólo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario, llevada a cabo por personas capacitadas técnicamente y obligadas a guardar la correspondiente reserva y dentro, a su vez, del procedimiento legalmente establecido, en los términos que luego se dirán. Y esto sólo lo puede llevar a cabo, en principio, un Juez”. Evidentemente, ordenó el sobreseimiento.

Este ha sido el pronunciamiento fundamental en este ámbito, y sin entrar en la doctrina jurisprudencial seguida al respecto, respecto de la que se indica por la doctrina que como el propio Tribunal Supremo “ha llegado a reconocer, existe una falta de homogeneidad en sus resoluciones que dificulta la posibilidad de apuntar unas líneas decisorias maestras”²¹, pasamos a referirnos brevemente a

la regulación de esta cuestión en la LECrim introducida en la misma por la ya señalada reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015.

Nos limitaremos a señalar que, en relación con las escuchas telefónicas, el artículo 588 bis i) LECrim establece que “El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularan con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis”, precepto este que rubricado “Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales”, dispone lo siguiente:

- “1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.
2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.
3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”.

Como podemos observar, y sin detenernos en la concreta aplicación del precepto²², pa-

rece claro que las escuchas telefónicas sólo podrán ser utilizadas en otro proceso penal y siempre y cuando que por el juez competente se sigan las actuaciones que se señalan.

2. El uso en un procedimiento administrativo sancionador o disciplinario

No es nada nuevo que por parte de la Administración se pretenda la utilización de evidencias obtenidas en procesos penales en expedientes sancionadores o, si hay relaciones de especial sujeción, disciplinarios. Ya vimos cómo vincula la sentencia penal y no hay que insistir en ello, pero más allá de eso, a lo que nos referimos es a la comunicación de pruebas entre un ámbito y otro, cuando el proceso penal no ha concluido.

Es claro que “aunque ninguna norma expresamente lo prevea, parece que la regla debe ser la posibilidad de traer pruebas del proceso penal ya terminado al procedimiento administrativo sancionador”, esto es, que “para obtener ese material probatorio y utilizarlo en el ejercicio de su potestad sancionadora, la Administración debe, en principio, esperar a la terminación del proceso penal”²³.

Téngase en cuenta que el artículo 301 LE-Crim impide que el sumario se traslade a personas ajenas al proceso penal hasta que no termine la instrucción y se celebre el juicio oral, señalando al respecto que “Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley...”. Desde luego que el traslado de actuaciones a un procedimiento sancionador no está entre las excepciones señaladas, y mucho menos el contenido de escuchas telefónicas ordenadas en el proceso penal cuya instrucción no ha concluido.

La jurisprudencia se ha pronunciado en sentido negativo a esa posibilidad con contun-

dencia. Exponente de ello es la [Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 12 de agosto de 2010](#). Se trató de un caso, ciertamente conocido, relacionado con el amaño de encuentros de fútbol tomándose conocimiento de ello al interceptar conversaciones telefónicas en el curso de un proceso penal conocido como “caso Brugal” relativo a una presunta trama de corrupción pública vinculada a adjudicaciones de servicios públicos en relación con la basura²⁴.

Ocurriendo los hechos antes de la modificación del CP que introdujo el ya mencionado delito de fraude deportivo, lo que se apreciaba era una vulneración del Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), solicitándose por el Ministerio Fiscal la remisión del contenido de las señaladas conversaciones a las autoridades administrativas competentes. La solicitud fue denegada por Auto del Juzgado de Instrucción nº 7 de Alicante de fecha 3 de agosto de 2010, lo que ratificó con contundencia la Sentencia indicada al establecer que:

“... Si la finalidad de la interceptación de las comunicaciones es la investigación de delitos graves, debe quedar excluida de la cobertura de la restricción de ese derecho fundamental cualquier actuación tendente al descubrimiento de hechos que no ostenten esa condición, como es cualquier infracción administrativa, por grave que sea y trascendencia social que pueda tener, pues de aceptarse esa tesis, quebraría la función garantista de la autorización judicial para la intromisión en los derechos fundamentales de las personas. No es posible, por tanto, remitir el contenido de las conversaciones intervenidas al organismo administrativo, porque las conversaciones detectadas no están amparadas por la autorización judicial que permitió las escuchas en que se grabaron. Es más, en puridad de actuaciones, esas conversaciones ni siquiera debieron ac-

ceder al sumario en que se descubrieron, porque al no guardar relación con el objeto de la investigación y carecer actualmente de trascendencia penal, debieron ser rechazadas por el propio Juez instructor, en lugar de servir de apertura para una línea de investigación policial, ajena al procedimiento en que se produjo y carente de soporte jurisdiccional habilitado, prolongada indefinidamente en el tiempo y orientada al descubrimiento de unos hechos no punibles relativos a diversas temporadas futbolísticas en que ha participado el equipo de fútbol a que se refiere, pues "todas las conversaciones deberán ser íntegramente grabadas sin perjuicio de que, al hacer la primera transcripción de su contenido, se pueda delegar en la policía judicial para que seleccione aquellos pasajes de mayor interés para la investigación y que, prescinda de transcribir aspectos o conversaciones de índole estrictamente privados o íntimos". (S.T.S. 19 septiembre 2000), de donde se deduce que deben quedar excluidas de las transcripciones cuantas conversaciones no se refieran al objeto y finalidad de la investigación, por considerarse pertenecientes a la esfera privada de la persona. Es conveniente deslindar del contenido de las conversaciones intervenidas las partes de ellas que deben quedar amparadas por la autorización judicial, cuyo conocimiento no suponga inmisión en el secreto de las comunicaciones y en la intimidad de las personas investigadas, de aquellas otras secuencias que deben quedar al margen de esa intromisión, en las que deben incluirse todas las conversaciones que no guarden relación con el objeto de la investigación y el delito que se persiga, que se encuentran amparadas por el derecho a la intimidad garantizado constitucionalmente, porque toda reducción de derechos fundamentales, realizada con autorización judicial, debe realizar-

se sin traspasar los límites del objeto de la misma y sin provocar una intromisión innecesaria en la esfera del derecho fundamental afectado. Por ello, todo descubrimiento que se obtenga en el curso de una intervención telefónica autorizada judicialmente, que no presente caracteres de delito, debe relegarse a la esfera de intimidad o privacidad, como se suele decir, de la persona afectada, a pesar de la trascendencia gubernativa, social o la repercusión pública que pudiera tener su difusión, porque la garantía y el respeto a los derechos fundamentales de la persona no pueden depender de las consecuencias sociales que tendría su difusión pública, salvo que fueran constitutivas de delito.

La incorporación de esas conversaciones a las diligencias penales es artificiosa, pues ninguna consecuencia puede derivarse de ellas, ni en el procedimiento penal en que se descubrieron y, menos aún, como medio de incoación de un procedimiento administrativo en el que se trate de perseguir las aparentes conductas infractoras en el ámbito administrativo. Sin que esta decisión suponga ausencia de colaboración con las restantes administraciones públicas, porque la remisión de esas conversaciones supondría la vulneración del deber de garantizar el derecho fundamental a la intimidad de las personas, por parte del mismo órgano jurisdiccional encargado de ampararlo. Y no incide esta negativa en la posibilidad investigadora de esas administraciones, porque cuentan con sus medios propios de averiguación de infracciones graves, pudiendo incluso servir de notitia criminis la publicación en los medios de difusión del descubrimiento de estas conversaciones.

Por todo ello, no resulta procedente remitir a las autoridades administrativas el testimonio de las conversaciones o el soporte técnico que las contiene para que

investigue las supuestas infracciones de ese ámbito que parecen deducirse de su contenido; procediendo la desestimación del recurso”

Otro pronunciamiento, también en sentido negativo, nos lo proporciona la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 7 de mayo de 1998, relativa a un caso en el que se sancionó disciplinariamente a un funcionario de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en base a hechos acreditados en escuchas telefónicas obtenidas en un proceso penal respecto de la investigación de un presunto delito contra la salud pública.

Comienza señalando la Sentencia, con referencia al contenido del artículo 11.1 LOPJ, que “... La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (“Deterrence effect”); añadiendo que “La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido ilícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (“directa o indirectamente”), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados”.

La conclusión se indica, con claridad meridiana, en su Fundamento Jurídico Sexto, en los siguientes términos:

“... a) Es evidente que la autorización judicial fue para investigar un determinado delito de carácter grave, lo que hizo que estimara proporcionado limitar el derecho fundamental del secreto de las conversaciones telefónicas (art. 18.4 CE).

b) La autorización debía precisar las “personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas”.

c) No cabe tal limitación en casos de delitos que no sean graves, ni en supuestos de faltas penales.

d) Con mayor razón no cabe tal limitación si se tratara de investigar simples faltas disciplinarias de carácter administrativo.

e) la escucha tenía por objeto un delito y personas determinadas y no podía aprovecharse lo oído para supuestos distintos.

f) Más en concreto, la autorización judicial no amparaba la utilización de lo escuchado contra el recurrente pues ni éste era persona investigada ni se hubiese podido obtener, jamás autorización judicial para probar la comisión de la Falta por la que viene sancionado.

La única prueba utilizada por la Administración es una prueba ilícita y, por ello, inadmisibles (art. 11 de la LO. Poder Judicial)”.

Tenemos también pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como el contenido en la [Sentencia de 30 de abril de 2012](#), que difícilmente puede ser más clara en su Fundamento Jurídico Noveno²⁵:

“La cuestión a decidir consiste en si la aportación del contenido de conversaciones telefónicas intervenidas en un proceso penal en fase de instrucción puede ser admisible como prueba en un expediente

disciplinario, y por tanto la necesidad de su obtención como “razón excepcional” para la prolongación del plazo de caducidad de ese expediente; o si la utilización de dichas conversaciones fuera del proceso penal en el que se intervinieron, y a cuyo exclusivo fin se ordenó su intervención, constituye de por sí una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del Art. 18.3 CE, y una vulneración de lo dispuesto en el art. 11.1 punto segundo de la LOPJ.

Una cosa es la legítima utilización de las escuchas telefónicas en el orden penal en el que se han acordado (y por ello en todo momento evitaremos cualquier juicio sobre la legitimidad de las intervenciones acordadas en el proceso penal, ajena a nuestra consideración), y otra la utilización del resultado de las mismas fuera del orden penal y en concreto en un procedimiento disciplinario.

Conviene advertir que en el caso actual no se trata de si los hechos probados en una sentencia penal, en la que, en su caso, se pueda recoger el relato de unas conversaciones intervenidas en el proceso penal, pueden ser con posterioridad, incluido el referido relato, utilizados en un procedimiento disciplinario, según lo previsto en el art. 415.2, párrafo 2º LOPJ, sin que a esa utilización pueda imputarse la vulneración del Art 18.3 CE .

De lo que se trata aquí es de si, antes de que la Sentencia penal se haya dictado, y estando aún el proceso penal en fase de instrucción, pueden utilizarse en un procedimiento disciplinario como prueba, previa reclamación al Juez Instructor del proceso penal y facilitación por éste al Instructor del Expediente disciplinario, las conversaciones intervenidas en el proceso penal en curso.

O en otros términos, si es legalmente admisible que el Instructor de un procedimiento disciplinario pueda reclamar

al Instructor de un proceso penal, y éste facilitar a aquél, el contenido de conversaciones telefónicas legalmente intervenidas en la instrucción penal. Y si esa reclamación y facilitación de tales pruebas por uno y otro instructores, (del expediente disciplinario y del proceso penal, respectivamente) vulneran o no el derecho fundamental del Art. 18.3 CE.

A lo que debe añadirse, en un paso más desde la óptica de dicho art. 18.3 CE , la cuestión acerca de si las conversaciones de un tercero respecto del que no se ha dictado Auto alguno de intervención de sus conversaciones, mantenidas con la persona respecto de la que se ha dictado tal medida de intervención, son beneficiarios de la garantía del derecho fundamental al secreto de sus conversaciones; o no están protegidas por él, y pueden ser utilizadas fuera del proceso penal contra dicho tercero.

En el análisis de las cuestiones planteadas debemos partir de la centralidad de los derechos fundamentales en su doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos esenciales del ordenamiento jurídico (art. 53.1 CE y 7 LOPJ y Sentencias del Tribunal Constitucional de innecesaria cita individualizada por reiteradas y constantes, por todas [STC 25/1981](#) y [114/1984](#) F.D. 4º). El art. 18.3 CE consagra como derecho fundamental el de la garantía del “secreto” de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

El alcance de dicho derecho, por imperativo de lo dispuesto en el art. 10.2 CE , debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España por Instrumento de 26 de Septiembre de 1979, siendo las limitaciones establecidas en

el art. 8.2 del Convenio elementos esenciales para la regulación de la posibilidad de intervención de conversaciones telefónicas, según doctrina constante del Tribunal Constitucional (por todas [STC 49/1999](#)).

Tales exigencias son las de la previsión por la ley, y la de que "constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

Y en relación con expedientes disciplinarios ni existe previsión legal de posible intervención por Auto judicial de las comunicaciones telefónicas, ni la finalidad a que se orientan dichos expedientes puede tener cabida en ninguna de las previsiones referidas en el art. 8 del Convenio.

La única previsión legal en nuestro ordenamiento jurídico de intervención de las comunicaciones telefónicas en el ámbito del ius puniendi del Estado es la del art. 579.2 de la LECr y se refiere estrictamente a delitos. Incluso ese precepto ha dado lugar a una amplia crítica jurisprudencial tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional, de la que son exponente, entre otras, las [STC precitada 49/1999, de 5 de abril](#), Fundamentos Jurídicos 4 y 5, y [184/2003 de 23 de octubre](#) (RTC 2003, 184), Fundamentos Jurídicos 4 a 7.

Fuera de esas concretas previsiones legales y de interpretación constitucional referidas, las conversaciones telefónicas están amparadas por el derecho fundamental del art. 18.3 CE, y por tanto una actuación de los poderes públicos, en concreto de ejercicio de su ius puniendi en el orden disciplinario, que utilice dichas conversaciones telefónicas como prueba en el expediente disciplinario vulneran di-

rectamente dicho derecho fundamental, pues, repetimos, ni está amparada por un precepto legal discernible, ni responde a ninguno de los fines que la permiten, según lo dispuesto en el art. 8.2 del Convenio citado...".

La conclusión es clara, y como indica COLOMER atendiendo a este pronunciamiento, en los procedimientos sancionadores "no es posible el uso de datos o elementos obtenidos en el seno de un proceso penal en diligencias de investigación practicadas con restricción de derechos fundamentales, ya que en el procedimiento sancionador de naturaleza administrativa o disciplinaria ni viene autorizada la restricción de derechos fundamentales"²⁶.

En el mismo sentido negativo está la [Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015](#), en relación con una sanción disciplinaria impuesta a un cabo de la guardia civil en base a conversaciones intervenidas en un proceso penal.

Comienza la Sentencia recordando otra, de la misma Sala, de 24 de abril de 2014, en la que "... ya dijimos que «los delitos de menor gravedad no justifican la adopción de una intervención telefónica, con mayor razón no pueden justificarla los datos relativos a una falta disciplinaria». A continuación, su Fundamento Jurídico Cuarto se expresa con claridad meridiana:

"En el presente caso, la desproporcionalidad es evidente, pues una intervención telefónica en modo alguno puede ser utilizada para investigar una infracción administrativa. De ahí que, aunque se trate de un hallazgo causal, como tal medio de investigación no es admisible en relación con el objeto del proceso (ha de leerse del expediente disciplinario), la consecuencia es que se ha producido una vulneración del art. 24 de la Constitución en relación

al derecho a un proceso con todas las garantías y, el art. 11 de la LOPJ establece que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

3. El uso en la jurisdicción social de escuchas telefónicas obtenidas en un proceso penal

En el supuesto en que se obtengan las transcripciones de unas escuchas telefónicas en un proceso penal, lo que evidentemente se ordenó por la autoridad judicial para perseguir delitos, estas no son aptas para sustentar un despido disciplinario en el ámbito laboral.

Tenemos en este sentido la [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de octubre de 2004](#), en la que tras recordar el alcance del artículo 18.3 CE y el 8 del CEDH, señala en su Fundamento Jurídico Tercero lo siguiente:

“Una simple lectura de las normas citadas nos permite concluir, aserto sin duda alguna obvio, la inhabilitación de los jueces laborales españoles para autorizar unas escuchas telefónicas, sea cual sea el motivo de la eventual prueba. Pero la cuestión surge cuando las escuchas telefónicas, acordadas por el juez penal competente y en el marco de un proceso penal, se pretenden utilizar en un proceso laboral. Aún entonces (1) nos encontramos ante una injerencia en la vida privada del trabajador, y (2) se trata de una injerencia no autorizada legalmente en ninguna norma aplicable al proceso laboral español.

(1) Que nos encontramos ante una injerencia en la vida privada del trabajador, y, en concreto, en el secreto de sus comunicaciones telefónicas, obedece a la exorbitancia en la utilización de la prueba. No

entra la Sala –como se pretende en el escrito de formalización de la suplicación– a dilucidar si las escuchas telefónicas son lícitas o ilícitas atendiendo a la ley procesal penal. Tales escuchas pueden ser totalmente lícitas, o ser totalmente ilícitas, o ser en parte lícitas y en parte ilícitas. No nos corresponde aquí entrar en esa discusión. De lo que se trata no es de la obtención de una prueba contrariando derechos fundamentales, sino de la utilización de una prueba contrariando derechos fundamentales. Si la autorización judicial de intervención telefónica se encuentra motivada en la investigación de un delito –y no de cualquier delito al estar sometida esa intervención, entre otros, al principio de proporcionalidad–, admitir su utilización fuera de contexto no encuentra amparo en esa autorización, porque, cuando el juez penal autorizó las escuchas, no autorizaba a quienes legalmente pueden acceder a las escuchas a darles el uso que mejor le conviniera a sus intereses legítimos, y ello es así aunque, como se acaba de decir, el acceso a las escuchas fuese legal y el interés en utilizar las escuchas fuese legítimo.

Una aproximación a la doctrina sobre escuchas telefónicas emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, nos coloca ante una prueba necesitada de autorización judicial motivada y conforme, aparte del de proporcionalidad, con los principios de subsidiariedad, necesidad y especialidad, siempre respecto a un delito y a su investigación penal, no más allá, de ahí que, ni siquiera valga la autorización para investigar otros delitos, debiéndose solicitar nueva autorización –Auto de 18.6.1992 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Caso Naseiro–, e incluso después de usadas las cintas en el proceso penal, la autoridad judicial se encuentra obliga-

da a controlar su destino –Sentencia de 4.11.1994, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo –. El negligente control público de las cintas es una intromisión ilegítima imputable al Estado –Sentencia de 17.7.2003 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Benedetto Craxi contra Italia–. Decisiones judiciales que –aunque elaboradas sobre supuestos muy diferentes al de utilización en un proceso laboral de escuchas telefónicas acordadas en un proceso penal– nos permiten concluir la imposibilidad de utilizar los resultados de las escuchas telefónicas fuera del proceso penal donde se han autorizado.

(2) Que se trata de una injerencia no autorizada legalmente en ninguna norma aplicable al proceso laboral español es una matización trascendental porque el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos obliga, entre otras exigencias, a regular a través de la ley cualquier injerencia, y, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, la única habilitación legal concedida a una autoridad judicial es, en los términos del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los jueces penales. De ahí que, ni en la Ley de Procedimiento Laboral ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable subsidiariamente al proceso laboral, se contengan prescripciones relativas a la prueba de escuchas telefónicas, ni sobre su admisión ni sobre su valoración.

Lo anterior no es una simple ausencia de regulación legal en las leyes procesales aplicables a los procesos laborales que, por vía interpretativa, pueda ser llenada acudiendo al principio general de *numerus apertus* de los medios de prueba –artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –, sino una garantía del derecho a la intimidad que, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de conformidad con el artículo

18.3 de la Constitución, sólo se puede limitar, en cuanto se refiere al secreto de las comunicaciones telefónicas, por una autoridad judicial y según establezca la ley.

Por lo tanto, la utilización probatoria en el marco de un proceso laboral del resultado de unas escuchas telefónicas, acordadas por el juez penal competente y en el marco de un proceso penal, es injerencia en la vida privada del trabajador no autorizada legalmente en ninguna norma aplicable al proceso laboral español”.

Como podemos observar, la respuesta es negativa de un modo meridiano y fundamentalmente claro a la cuestión de si cabe la utilización, en este ámbito, de escuchas telefónicas. Evidentemente, con estos parámetros, parece que estamos adelantando el sentido de la contestación a la interrogante que inaugura el epígrafe siguiente de este trabajo. Y es verdad, como seguidamente veremos.

4. ¿Y su uso en un procedimiento administrativo donde no se ejerce la potestad sancionadora?. El “caso Soule” y las elecciones en la Real Federación Española de Fútbol

El problema a que nos referimos se plantea a partir de la publicación, en distintos medios de comunicación, del contenido del Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2017, en el que se ordenaron medidas cautelares contra el entonces Presidente de la RFEF, D. Ángel María VILLAR, y tres personas más, por la presunta comisión de los delitos de administración desleal, apropiación indebida y/o estafa, de falsedad documental, y corrupción entre particulares. Se trataba del conocido como “caso Soule”.

En el Auto, cuyo contenido está plagado de transcripciones de distintas conversaciones telefónicas ordenadas por el juez instructor,

D. Santiago J. PEDRAZ GÓMEZ, se señalaba que el indicado Presidente habría podido beneficiar a distintos presidentes de federaciones de fútbol de ámbito autonómico y que ello presuntamente habría influido en su reelección.

Toda vez que las elecciones en la RFEF vinieron a ser validadas, tras no pocos conflictos, por la Resolución del Tribunal Administrativo del Deporte (TAD) de 9 de junio de 2017, que desestimó distintos recursos contra la resolución de 30 de abril de 2017 de la Comisión Electoral de la RFEF de 30 de abril de 2017, que proclamó los resultados definitivos de la jornada electoral celebrada tres días antes para la elección de los miembros de la Asamblea General. Esa Asamblea fue la que el 22 de mayo de 2017 eligió Presidente por 112 votos a favor, 6 nulos y 11 en blanco al Sr. Angel María VILLAR.

Sin entrar en las resoluciones adaptadas posteriormente por el TAD respecto de la RFEF y los distintos pronunciamientos judiciales acaecidos desde tal fecha, nos limitaremos a referir la decisión adoptada por el Secretario de Estado para el Deporte-Presidente del Consejo Superior de Deportes (CSD) con fecha 10 de octubre de 2017, en la que solicita del TAD la revisión de su Resolución de 9 de junio de 2017 al entender que concurre en la misma el supuesto previsto en el artículo 125.1.a) LPAC, que entiende admisible el recurso extraordinario de revisión cuando “aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida”.

Tal documento entendió el Presidente del CSD que era, ni más ni menos, que el antes mencionado Auto del Juzgado Central nº 1 de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2017, y además de recurrir en revisión, en el indicado escrito de 6 de octubre de 2017 apunta que en virtud de lo dispuesto en el apartado

2 del artículo 126 LPAC²⁷ se requiere que el TAD “... se pronuncie no sólo sobre la anulación de la Resolución recurrida sino también sobre la validez del proceso electoral seguido en la Real Federación Española de Fútbol, que fue el objeto del acto recurrido”.

Posteriormente, con fecha 20 de octubre de 2017, el Presidente de un club de fútbol no profesional recurrió en revisión ante el TAD aduciendo el mismo “nuevo documento” y pretensión –junto con otras– ante el TAD.

El TAD resolvió con fecha 24 de noviembre de 2017 (expediente 324/2017) estimar el recurso de revisión planteado por el Presidente del CSD, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 22.9 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, someter el recurso a dictamen de la Comisión Permanente del superior órgano consultivo. Casi un mes después, por resolución de 22 de diciembre de 2017 (expediente 329/2017) acordó lo mismo el TAD respecto del recurso presentado por el presidente del señalado club no profesional.

Con fecha 1 de marzo de 2018 el Consejo de Estado emitió los preceptivos dictámenes en los que resolvió, en ambos, que “procede declarar la inadmisión del recurso de revisión”²⁸. En ninguno de ellos entró a valorar si resultaba procedente utilizar en un procedimiento administrativo las escuchas telefónicas que transcribía el Auto, aclarando que las consideraciones efectuadas en los dictámenes están referidas a los recursos de revisión objeto de los mismos.

Puso de relieve el Consejo de Estado la palmaria y elemental ausencia de legitimación para recurrir resoluciones que tiene el Presidente del CSD pues el recurso extraordinario tiene los mismos fundamentos que el recurso ordinario y la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, no admiten que el CSD pueda recurrir las decisiones de las federa-

ciones ni las resoluciones del TAD²⁹. Y adicionalmente, porque sólo puede recurrir una resolución desestimatoria quien haya interpuesto el recurso previo, lo que obviamente no fue el caso del Presidente del CSD.

En lo que se refiere al otro recurso de revisión, no corrió mejor suerte, poniendo de relieve el Consejo de Estado lo inadecuado que resulta el recurso de revisión para discutir la validez de un proceso electoral y que el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de 20 de julio de 2017 no es suficiente para sustentar el indicado recurso, indicando que "si en el proceso penal se acaba juzgando que el proceso electoral debe reputarse inválido por las razones que en sentencia, tras el correspondiente juicio, se determinen, es algo posible...".

Concluyen los dos dictámenes, resumida y finalmente señalando que:

"... En todo caso, procede destacar que todas las consideraciones efectuadas están referidas al recurso extraordinario de revisión objeto del presente dictamen, el cual, dada su naturaleza, no es el cauce idóneo para la anulación del proceso electoral pretendida por la parte recurrente, sin perjuicio de que en los procesos penal y contencioso administrativo antes mencionados se puedan tener en cuenta los hechos referidos en el auto de 20 de julio de 2017".

Dado el contenido de los indicados dictámenes, y sin ningún rubor, el TAD hizo suyo el criterio del Consejo de Estado y emitió sendas resoluciones fechadas el 9 de marzo de 2018 desestimando los recursos presentados³⁰.

Por concluir con la referencia a este asunto, diremos que ya entrados en 2020 no nos consta que se hayan dado por concluidas, que se hayan cerrado, las actuaciones penales

que arrancaron con el Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2017.

Apuntado lo anterior, y centrados en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no está de más recordar –quién lo diría después del 9 de marzo de 2018– los argumentos del TAD para entender que no hay una vulneración del mismo, consistentes en indicar que el Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional –que transcribe conversaciones– se hizo público y por tanto ya no había secreto que proteger; que la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo –como la esgrimida en la Sentencia de 30 de abril de 2012 antes referida– no resulta de aplicación porque este expediente no es disciplinario sino electoral; y finalmente, y en relación con lo establecido en el artículo 579 bis LECrim –antes referido–, entiende el TAD que lo que hace tal precepto es "... establecer los requisitos para la utilización de una grabación obtenida en el marco de un proceso penal en otro proceso penal distinto, pero de ningún modo prohíbe que dicha utilización pueda realizarse en otros procedimientos como el aquí sustanciado, por tratarse, entre otras cosas, de una materia ajena al ámbito de aplicación de la ley procesal penal...".

La conclusión consideramos que debe ser, justamente, la contraria. Si la LECrim establece limitaciones para utilizar escuchas telefónicas de un proceso penal a otro y la jurisprudencia ha determinado que tal traslado no es posible para el ejercicio de la potestad sancionadora ni la disciplinaria por parte de la Administración, con mayor razón hay que sostener la inaptitud de tales escuchas en cualquier otro procedimiento administrativo, sea el que sea.

Desde luego que una cosa, como hemos visto, es esperar la sentencia penal y que los hechos declarados probados en la mis-

ma vinculen a la Administración, y otra muy distinta la libérrima utilización de pruebas obtenidas con injerencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en un proceso penal cuya instrucción no ha concluido.

Concluyamos recordando que, como cierta y claramente afirmara el profesor MORILLAS, el intervencionismo del Estado no puede en ningún caso, por necesario que sea, y en el ámbito penal lo es, avasallar la dignidad y seguridad de los ciudadanos³¹. Y si eso es así, no digamos respecto del ámbito administrativo. Ni que decir tiene.

[1] Este trabajo es una versión actualizada y ampliada del publicado en la obra colectiva *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. D. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (Suárez López, J.M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I.F., Jiménez Díaz, M.J. y Sáinz-Cantero Caparrósm J.E., Dirs.), Vol. II, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 2427-2454.

[2] Establece que "A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente".

[3] Como, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, cuando señala que "... Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin. Necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un juez de otro orden jurisdiccional...".

[4] Como muestra de este posicionamiento, por todos, LOZANO CUTANDA, B., "La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos. Una cuestión pendiente", *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado. Tomo III* (Baño León, J.M., Coord.), Iustel, Madrid, 2017, pp. 2837-2856, y PALOMAR OLMEDA, A., "Reformas legislativas ante la insuficiencia de la legislación administrativa y las generalidades de los tipos penales", *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites* (Bauzá Martorell, F.J., Dir.), Bosch-Wolsters Kluwer, Barcelona, 2016, pp.475-516.

[5] En trabajos como "Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-06 (2002), pp. 1-23, y "El derecho penal mínimo o la expansión del Derecho Penal", *Revista Cubana de Derecho*, nº 25, junio 2005, pp. 97-118.

[6] Pueden consultarse los trabajos de MORILLAS CUEVA, L., "Fraude en el deporte", *Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual* (Jiménez Soto, I. y Pérez-Serrabona González, Dirs.), Reus, Madrid, 2017, pp. 313-350; MORILLAS CUEVA, L. y BENÍTEZ ORTUZAR, "Derecho penal y deporte profesional. El tratamiento penal de la violencia y el fraude en el deporte", *Derecho del Deporte Profesional* (Palomar Olmeda, A., Dir.; Terol Gómez, R., Coord.) 2ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, especialmente pp. 792-816; VENTAS SASTRE, R., "El nuevo delito de fraude en las competiciones deportivas profesionales", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 31, 2011, pp. 83-90; CASTRO MORENO, A., "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 28, 2010, pp. 17-36; PÉREZ FERRER, F., "Principales novedades en los delitos de fraude deportivo tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo", *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte* (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 61-86, y las monografías de CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, y BENITEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de "fraudes deportivos". Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2011.

[7] Sobre el indicado convenio pueden consultarse los trabajos de ANDRÉS ALVEZ, R., "Análisis del Convenio del Consejo de Europa sobre la manipulación de las competiciones deportivas", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 44, 2014, pp. 99-122, y PÉREZ GONZALEZ, C., "A propósito de la acción del Consejo de Europa en el ámbito del deporte: análisis del Convenio Europeo sobre la manipulación de competiciones deportivas", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 8, marzo-agosto 2015, pp. 71-92.

[8] Así lo manifestamos en TEROL GÓMEZ, R., "La manipulación del resultado de encuentros en las normas disciplinarias deportivas, con especial referencia al fútbol", *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte* (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2017, p. 407.

[9] Sobre ello pueden consultarse, por todos, TEROL GÓMEZ, R., *Régimen jurídico de la lucha contra el dopaje*

en España, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 111-114, así como los trabajos de VENTAS SASTRE, R., "Operación puerto: ¿existen límites a la utilización de pruebas penales como fundamento de sanciones administrativas?", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 27, 2009, pp. 165-183; COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Transmisión y cesión de datos personales obtenidos en un proceso penal a un procedimiento sancionador por dopaje", *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea* (Colomer Hernández, I., Dir.; Oubiña Borbolla, S., Coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 691-730 y, del mismo autor, "Cuestiones procesales relevantes en la Ley Orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva", *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva* (Palomar Olmeda, A., Dir.), Dykinson, Madrid, 2013, especialmente pp. 628-638.

[10] BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La prueba en el Procedimiento Administrativo*, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 246. En particular, sobre la prueba ilícita en el procedimiento administrativo sancionador, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 356-362.

[11] En el mismo sentido, por ejemplo, tenemos las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de julio de 2014, y del de Madrid de 15 de marzo de 2004 y 26 de julio de 2010.

[12] Por todos, ALARCÓN SOTOMAYOR, L., cit., pp. 29-56.

[13] Aplicación de ello tenemos, por poner un ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013.

[14] Sobre esta cuestión, por todos, NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp.496-501, y lo que se explica en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1999.

[15] RUIGÓMEZ MOMÉÑE, A., "El inicio del procedimiento sancionador", *Manual de Derecho*

Administrativo Sancionador, Abogacía General del Estado, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2005, p 394.

[16] Por todos, CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

[17] Puede consultarse, por todos, los trabajos de ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 4ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 375-413; GÓMEZ-REINO CARNOTA, E., "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Dereito*, vol. 22, nº ext. (Novembro 2013), pp. 175-193, y las obras colectivas *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva multidisciplinar* (Herrero de la Fuente, A.A., Ed.), Cuadernos del Instituto Rei Afonso Enriques de Cooperación Transfronteriza nº 2, Zamora, 2003, y *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (Mangas Martín, A., Dir.), Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

[18] De ello se ocupa, entre nosotros, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, cit., pp. 413-460.

[19] A ello se refiere, por todos, el muy completo trabajo de LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Intervención de las comunicaciones", *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Tomo II* (Rives Seva, A.P., Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 233-578, y sobre todo la Circular 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, emitida por el Fiscalía General del Estado (Referencia: FIS-C-2013-00001).

[20] Por todos, GÓMEZ COLOMER, J.L. y PLANCHADELL GARGALLO, A., "Prueba prohibida", *La Prueba. Tomo II. La Prueba en el Proceso Penal* (González Cano, M.I., Dir.; ROMERO PRADAS, M.I., Coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 366-438; GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., "El proceso penal español y la prueba ilícita", *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, nº 2, diciembre 2005, pp. 187-211, y MIRANDA ESTRAMPES, M., "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus orígenes", *Revista Catalana de Securetad Pública*, mayo 2010, pp. 131-151.

[21] LÓPEZ JIMÉNEZ, R., "Régimen jurídico de los datos personales obtenidos en los descubrimientos casuales durante la investigación de los delitos", *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos*

penales y procedimientos administrativos sancionadores y tributarios (Colomer Hernández, I., Dir.; Oubiña Barbolla, S. y Catalina Benavente, M.A., Coords.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 326.

Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, por todos, DE URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp.177-179.

[22] Sobre ello, por todos, los trabajos de NADAL GÓMEZ, I., "El Régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la ley de Enjuiciamiento criminal", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 40, 2016; LÓPEZ JIMÉNEZ, R., cit., pp. 322-343, y AZAUSTRE RUIZ, P., "Acercamiento al régimen jurídico-procesal previsto para la utilización de la información obtenida en un procedimiento penal distinto", *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores y tributarios* (Colomer Hernández, I., Dir.; Oubiña Barbolla, S. y Catalina Benavente, M.A., Coords.), Navarra, 2017, pp. 345-366.

[23] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., "La utilización de la prueba penal en el procedimiento administrativo sancionador", *La recepción del Derecho de la Unión Europea en España. Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa. Liber Amicorum Antonio Martínez Lafuente* (Ordoñez Solis, D., Coord.), La Ley, Madrid, 2013, pp. 122-123, a donde pertenecen los entrecorridos del texto.

[24] La más completa referencia a este caso la tenemos en BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., *El delito de "fraudes deportivos". Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*, cit., pp. 17-25.

[25] A la misma se refiere COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Transmisión y cesión de datos personales obtenidos en un proceso penal a un procedimiento sancionador por dopaje", cit., especialmente pp. 727-728.

[26] *ibidem*, p. 730.

[27] Establece que "El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe

pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido".

[28] Nos referimos a los Dictámenes de 1 de marzo de 2018 correspondientes, respectivamente, a los expedientes 86/2018/1106/2017 y 88/2018. El primero respecto del recurso presentado por el Presidente del CSD y el segundo respecto del presentado por el Presidente del Club Atlético Pinto.

[29] La justificación es tan elemental como sencilla. Según el artículo 112.2 LPAC el recurso ante el TAD sustituye el recurso jerárquico que, en condiciones normales hubiera correspondido al propio Secretario de Estado-Presidente del CSD pues la LPAC permite que las leyes sustituyan "el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados", que es lo que sucede con el TAD, de acuerdo con la Ley del Deporte, con lo que resulta complicado que alguien pueda recurrir ante un órgano administrativo que, para las materias de su competencia, le sustituye por ley salvo que ésta expresamente lo permita. El recurso de revisión es "extraordinario", sí, pero en lo que se refiere a los motivos para fundarlo y a los actos contra los que pueda dirigirse. La legitimación exigible para interponerlo es, exactamente, la misma que en el resto de recursos ante el TAD. Y es claro que el Presidente del CSD carece de ella.

En este mismo sentido se pronunció CASTILLO BLANCO, F., ¿Debe el Consejo de Estado admitir los recursos contra las elecciones a la Asamblea de la RFEF?, *Iusport*, 18 de enero de 2018. Disponible en: <https://iusport.com/not/54325/-debe-el-consejo-de-estado-admitir-los-recursos-contras-las-elecciones-a-la-asamblea-de-la-rfef/> (última visita: 27 marzo 2020).

[30] Resoluciones de 9 de marzo de 2018 relativas, respectivamente, a los expedientes nº 324/2017 (en relación con los expedientes 164/2017 bis, 165/2017 bis, 185/2017 bis, 186/2017 bis, 218/2017 y 219/2017) y 329/2017 (en relación con los expedientes 164/2017 bis, 165/2017 bis, 185/2017 bis, 186/2017 bis, 218/2017 y 219/2017).

[31] MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal*. Ley Penal, Dykinson, Madrid, 2010, p. 131.

LA AGENCIA FERROVIARIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL IMPULSO DE LA ACCIÓN COMUNITARIA

The European Union Railway Agency and the promotion of community action

Autor: Alberto Palomar Olmeda

Cargo: Leg. doc. Profesor Titular (Acred). Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto describir algunos de los cambios más notables que se producen en la política europea de ferrocarril en relación con la reciente publicación de un conjunto normativo, compuesto por un Reglamento y dos Directivas, sobre las funciones que corresponden a la Unión Europea en relación con el transporte ferroviario y sus elementos más esenciales y representativos como son la seguridad y la interoperabilidad de los sistemas nacionales en un contexto general y globalizado de paulatina asunción de competencias por parte de la Unión Europea.

Palabras clave: Unión Europea, ferrocarril, seguridad, interoperabilidad, elementos de seguridad, funcionamiento Agencia, libro blanco transporte.

Abstract: The purpose of this paper is to describe some of the most notable changes in European rail policy in relation to the recent publication of a set of rules, consisting of one regulation and two directives, on the functions that correspond to the European Union in relation to rail transport and its most essential and representative elements such as the security and interoperability of national systems in a general and globalized context of gradual assumption of competences by the European Union.

Keywords: European Union, railway, safety, interoperability, safety elements, operation Agency, white paper transport.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE PARTIDA: ENMARQUE Y UBICACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE TRANSPORTES POR FERROCARRIL
- II. EL NUEVO ESTATUS DE LA AGENCIA FERROVIARIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 1. Metodología de trabajo
 2. En relación con la seguridad ferroviaria
 3. Relativas a la interoperabilidad.
 4. Funciones relativas a las normas nacionales
 5. Funciones en relación con el Sistema Europeo de Gestión del Tráfico ferroviario
 6. Funciones relativas a la supervisión del espacio ferroviario europeo
 7. Otras funciones de la Agencia
- III. LA FUNCIÓN DE SEGURIDAD
- IV. LA INTEROPERABILIDAD
- V. CONSIDERACIÓN FINAL

I. PLANTEAMIENTO DE PARTIDA: ENMARQUE Y UBICACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE TRANSPORTES POR FERROCARRIL

La Agencia Ferroviaria de la Unión Europea¹ se configura como un instrumento específico de la política de transportes de aquella y tiene como finalidad contribuir al establecimiento de una política común en la materia que, por otro, lado, es consecuencia de una importante labor legislativa –a la que luego nos referimos– de formulación de los objetivos comunes de esta política europea enmarcada dentro de los aspectos generales de la política de transportes para el conjunto de la UE.

Es el actual artículo 100.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE el que da fundamento a la política comunitaria común en materia de transporte ferroviario². En todo caso y con un alcance más general podríamos decir que es desde la modificación del Tratado de Maastricht cuando se recogen, de una forma expresa e inequívoca, nuevos objetivos en materia de transporte y se alude, directamente, a la seguridad en el transporte, la red transeuropea y la protección del entorno como elementos vertebradores de la política comunitaria en la materia. Esto trae como consecuencia una amplia labor de reflexión, primero, y de normación, posteriormente, sobre la materia en los términos que, someramente, analizamos seguidamente.

Como primer antecedente de reflexión y ordenación estratégica se publica el Libro Blanco de 2001 sobre el Transporte, bajo el título “la política europea de transporte de cara al 2010 la hora de la verdad”, que recoge un conjunto de medidas a implantar en el periodo 2000-2010. La proyección de las competencias en esta materia se realiza por medio de los paquetes normativos que han contemplado diversas materias y aspectos.

El primer paquete incluye la Directiva 2001/12; Directiva 2001/2013 y la Directiva 2001/2014 y el propio libro blanco del transporte. El segundo paquete se produce tres años después. La Directiva 2004/49; la Directiva 2004/50; la Directiva 2004/51 el Reglamento 881/2004 y la Directiva 2005/47 que son los elementos esenciales de esta regulación. El tercer paquete ferroviario trata de consolidar la política y se identifica con los objetivos que se indican en esta referencia de la Exposición de Motivos de la nueva regulación «...Este Tercer Paquete promueve la constitución del mercado interior de los servicios ferroviarios mediante: Un escenario que permita la competencia, un marco estricto de normas de seguridad y la protección de los derechos de los viajeros. Asimismo crea la articulación necesaria de la legislación comunitaria sobre los contratos de servicio público; e incorpora una propuesta para los servicios internacionales de transporte de viajeros...».

El objetivo esencial de esta política es el establecimiento de un marco que garantice la competencia y la libre prestación de servicios en el ámbito del transporte ferroviario. En la actualidad se fijan dichos objetivos en la denominada “Hoja de Ruta de la Comisión de Transporte 2050 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hoja de Ruta de la Energía para 2050 [COM/2011/0885 final]). La idea central de esta Hoja de ruta pasa por la transformación del sistema energético, por el replanteamiento de los mercados energéticos, por la movilización de los inversores y por el compromiso de la opinión pública y el impulso internacional del cambio como elementos en los que fundar el cumplimiento de los objetivos.

Se considera que los objetivos esenciales de este cuarto paquete de normativa se centran en:

- Revitalizar los mercados de transporte ferroviarios nacionales.
- Conseguir una mayor adaptación de la demanda y del mercado de consumidores.
- Formalizar una de las prioridades del mercado interior

En enero de 2013 la Comisión presentó el “Cuarto paquete ferroviario”, que incluye seis propuestas legislativas y está diseñado para eliminar los últimos obstáculos a la creación de un espacio ferroviario europeo único. El Parlamento Europeo aprobó su posición en primera lectura sobre el conjunto del paquete en febrero de 2014 y el Consejo llegó a un acuerdo sobre las distintas propuestas entre junio de 2013 y octubre de 2015. Con el acuerdo interinstitucional concluyen las negociaciones entre el Parlamento y el Consejo y se allana el camino para una rápida adopción del paquete.

De una forma concreta, la Hoja de Ruta establece unos elementos en los que fundar los nuevos objetivos que podemos resumir en los siguientes elementos incluidos en su preámbulo:

«...transformación crea un nuevo panorama para la industria europea y puede incrementar la competitividad. Para llegar a este nuevo sistema energético, es necesario cumplir diez condiciones:

(1) La prioridad inmediata es aplicar íntegramente la Estrategia Energía 2020 de la UE. Es necesario aplicar toda la legislación existente, y las propuestas actualmente en curso de debate, en particular las relativas a la eficiencia energética, las infraestructuras, la seguridad operacional y la cooperación internacional, deben adoptarse rápidamente. El camino que lleva al nuevo sistema energético también cuenta con una dimensión social; la Comisión seguirá fomentando el

diálogo social y la implicación de los interlocutores sociales para contribuir a una transición justa y a una gestión eficaz del cambio.

(2) El sistema energético y el conjunto de la sociedad necesitan ser considerablemente más eficientes desde el punto de vista energético. Las ventajas colaterales de lograr la eficiencia energética en el marco de un programa más amplio de eficiencia de los recursos ayudará a lograr los objetivos de forma más rápida y más rentable.

(3) Debe seguir prestándose una atención particular al desarrollo de las energías renovables. Su ritmo de desarrollo, su impacto en el mercado y su presencia cada vez mayor en la demanda de energía exigen una modernización del marco político. El objetivo de un 20 % de energías renovables en la UE ha demostrado hasta ahora ser un motor eficaz para el desarrollo de las energías renovables en la UE y las opciones para alcanzar los jaloneos de 2030 deben ser consideradas con suficiente tiempo.

(4) Es vital lograr mayores inversiones públicas y privadas en I + D e innovación tecnológica para acelerar la comercialización de todas las soluciones hipocarbónicas.

(5) La UE se ha comprometido a tener un mercado totalmente integrado para 2014. Además de las medidas técnicas ya definidas, existen deficiencias normativas y estructurales que es necesario resolver. Son necesarios instrumentos de estructura de mercado bien diseñados y nuevas formas de cooperación para que el mercado interior de la energía pueda realizar todo su potencial al paso que entran en el mercado de la energía nuevas inversiones y se va modificando la combinación energética.

(6) Los precios de la energía han de reflejar mejor los costes, en particular de las nuevas inversiones necesarias en todo el siste-

ma energético. Cuanto antes se reflejen los costes en los precios, más fácil resultará la transformación a largo plazo. Es necesario prestar especial atención a los grupos más vulnerables, para los cuales hacer frente a la transformación del sistema energético planteará dificultades. Deben definirse medidas específicas a nivel nacional y local para evitar la pobreza energética.

(7) Ha de imponerse una nueva sensación de urgencia y de responsabilidad colectiva en el desarrollo de las nuevas infraestructuras energéticas y capacidad de almacenamiento de toda Europa y con nuestros vecinos.

(8) La seguridad y la protección serán innegociables, tanto de las fuentes de energía tradicionales como de las nuevas. La UE debe continuar reforzando el marco de seguridad y protección y liderando los esfuerzos internacionales en este ámbito.

(9) Es preciso que un enfoque de la UE, más amplio y coordinado respecto de las relaciones internacionales en materia de energía se convierta en la norma y que incluya la intensificación de los trabajos para reforzar la actuación internacional en la lucha contra el cambio climático.

(10) Los Estados miembros y los inversores necesitan jalones concretos. La Hoja de Ruta para una economía hipocarbónica ya ha indicado los jalones que hay que alcanzar en la emisión de gases de efecto invernadero. El siguiente paso es definir el marco político para 2030, razonablemente previsible y el punto de mira de la mayoría de los inversores actuales.

Posteriormente, la Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo dispone la elaboración y revisión de las especificaciones técnicas de interoperabilidad (ETI) y la Directiva (UE) 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo dispone la elabora-

ción y revisión de los métodos comunes de seguridad (MCS), los objetivos comunes de seguridad (OCS) y los indicadores comunes de seguridad (ICS).

Como consecuencia de esta política armonizada y progresiva se publican las normas comunitarias esenciales del denominado cuarto paquete que incluye:

- Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 881/2004.

- Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea .

- Directiva (UE) 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la seguridad ferroviaria

Conviene precisar que la reforma que se introduce deja, no obstante, en vigor un conjunto de normativa que se corresponde con aspectos adicionales de la política ferroviaria y que no resultan afectados ni por la reforma de la Agencia ni de las funciones de seguridad y interoperabilidad que son, en esencia, las reguladas en el cuarto paquete normativo.

II. EL NUEVO ESTATUS DE LA AGENCIA FERROVIARIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La aprobación del Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 supone una importante modificación del estatus de la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y,

en el plano jurídico, la derogación del Reglamento 881/2004 que creaba esta organización³ (En adelante, las referencias al Reglamento 2016/796 serán al Reglamento).

El Reglamento establece –o para ser más exactos reconfigura– la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, sus funciones y los objetivos para conseguir un espacio ferroviario único caracterizado por la interoperabilidad dentro del Sistema ferroviario de la Unión, la seguridad del sistema ferroviario y la certificación de los maquinistas. Como se verá, más adelante, las primeras facetas están reguladas por las Directivas 2016/797, de 11 de mayo, relativa a la interoperabilidad y la Directiva 2016/798, de 11 de mayo sobre seguridad ferroviaria. En relación con la certificación de los maquinistas está regulada por la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En razón a esto cuando en el artículo 2º del Reglamento se analizan los objetivos de la Agencia se añade que « tendrá por objetivo contribuir a un mayor desarrollo y funcionamiento efectivo de un Espacio Ferroviario Europeo único sin fronteras garantizando un elevado nivel de seguridad y de interoperabilidad ferroviarias...».

El nuevo Reglamento establece el estatus orgánico y funcional de la Agencia y las funciones que le corresponden en el ámbito comunitario y en el de relación con los Estados para el cumplimiento y la consecución de los objetivos comunes.

A la Agencia le corresponde contribuir al desarrollo del Espacio Ferroviario Europeo, garantizando un elevado nivel de seguridad e interoperabilidad y buscar la competencia del sector.

Es el artículo 3º del Reglamento el que se refiere al estatus jurídico de la misma y señala que «...La Agencia será un organismo

de la Unión con personalidad jurídica. 2. La Agencia gozará en todos los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que la legislación nacional reconoce a las personas jurídicas. Podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. 3. La Agencia estará representada por su director ejecutivo. 4. La Agencia tendrá competencias exclusivas en el marco de las funciones y facultades que se le hayan atribuido....».

El Reglamento establece un conjunto de determinaciones que incluyen referencias metodológicas y de forma de trabajar; las que se refieren, específicamente, a las funciones en materia de seguridad ferroviaria, la interoperabilidad, funciones en relación con las normas nacionales, el impulso del sistema europeo de gestión de tráfico ferroviario y con la supervisión del Espacio Ferroviario europeo. Las sucesivas Directivas han ido desarrollando las funciones indicadas y, específicamente, las que se analizan en apartados concreto del final de este trabajo en relación con la interoperabilidad y la seguridad que son, probablemente, los dos elementos más dinámicos de la política comunitaria en la materia.

Desde la perspectiva de la habilitación competencial para el ejercicio de una función de carácter ejecutivo para la actuación de la Agencia, el artículo 4º establece que podrá dirigir recomendaciones a la Comisión, a los Estados miembros, emitir dictámenes para la Comisión y para las autoridades pertinentes de los estados miembros, emitir dictámenes que constituyan un medio aceptable, elaborar documentos técnicos, elaborar informes de auditoria y directrices y documentos no vinculantes que faciliten la aplicación de la legislación en materia de seguridad e interoperabilidad ferroviarias.

En los apartados siguientes se analizan los contenidos esenciales para el ejercicio de las

competencias sustantivas y procedimentales que acaban de exponerse.

1. Metodología de trabajo

A) Determinaciones generales

Se regula en el Capítulo 2 del Reglamento que se refiere los instrumentos para la creación y composición de grupos de trabajo y otros grupos, a la consulta de los interlocutores sociales, a la consulta a los clientes del transporte ferroviario y a los pasajeros, la evaluación de impacto de las recomendaciones y dictámenes, estudios, dictámenes, visitas a los Estados miembros y la creación de la ventanilla única.

La técnica de los grupos de trabajo nominales y otros grupos adicionales responde –en el Reglamento– a una doble referencia ya que, por un lado, se establecen los grupos nominalmente obligatorios (especificaciones técnicas de interoperabilidad, objetivos comunes de seguridad, métodos comunes de seguridad e indicadores de seguridad) y, por otro, la creación de los grupos que la propia Agencia considere necesarios para el desarrollo de sus funciones.

Los grupos de trabajo están compuestos por representantes nombrados por las autoridades nacionales y profesionales del sector ferroviario. Su funcionamiento, desde una perspectiva económica, corresponde sufragarlos mediante los presupuestos de la propia Agencia.

Posteriormente, se prevé la posibilidad de consultas. Existen dos tipos de consultas. Las primeras, son las previstas en el artículo 6º que se refiere a las consultas a los interlocutores sociales y son, siempre, anteriores, a que se dirijan recomendaciones a la Comisión.⁴ El segundo grupo de consultas corresponde a los clientes y están, expresamente,

previstas en el artículo 7º. Específicamente se prevén para los supuestos de repercusión directa a los clientes del transporte ferroviario de carga y sobre los viajeros. Estas consultas se realizan a la organizaciones más representativas de clientes.

En este mismo plano metodológico, el artículo 8º establece que «... la Agencia realizará la evaluación de impacto de sus recomendaciones y dictámenes...» y, adicionalmente, de la propia legislación. La técnica de supervisión de la normativa se ha ido consolidando con carácter general y se centra, en general, en la obligación de notificación de las normativas nacionales que quieren publicarse para que el órgano comunitario determine la compatibilidad con el Derecho comunitario y los objetivos de las respectivas políticas de éste y, en un segundo momento, el análisis de la normativa publica para conseguir el mismo o similar diagnóstico de compatibilidad con el marco comunitario. Esta doble posibilidad es la que, como se verá seguidamente, opera en el marco de la nueva regulación comunitaria.

Asimismo se prevé la posibilidad de realizar «cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones» los estudios en los que participen, según proceda, los grupos de trabajo y demás grupos. Los estudios son financiados por la propia Agencia.

Desde otra perspectiva, la Agencia «emitirá dictámenes a petición de uno o varios de los organismos reguladores nacionales», en particular, sobre aspectos relativos a la seguridad y la interoperabilidad de las cuestiones que se le sometan.

Finalmente, se admite expresamente, que la Agencia podría realizar visitas a los Estados miembros, de conformidad con las normas, métodos de trabajo y procedimiento adoptados por el Consejo de Administración de la Agencia.

B) Ventanilla única.

Es el artículo 12 del Reglamento el que señala que corresponde a la Agencia establecer y administrar un sistema de información y comunicaciones que tenga, como mínimo, las siguientes funciones de ventanilla única:

- Un punto de entrada único a través del cual el solicitante prestará sus expedientes de solicitud de autorización de tipo, puesta en el mercado de vehículos y certificados de seguridad únicos.
- Una plataforma común de intercambio de información que facilite a la Agencia y a las autoridades nacionales de seguridad información sobre todas las solicitudes de autorización y certificados de seguridad únicos.
- Una plataforma común de intercambio de información que facilite a la Agencia y las autoridades nacionales de seguridad información sobre las peticiones de aprobación dirigida a la Agencia de conformidad con la Directiva 2016/797 y las autorizaciones de subsistemas de control-mando y señalización en tierra con equipo del Sistema Europeo de Control de Trenes.
- Un sistema de alarma temprana capaz de determinar con antelación las necesidades de coordinación entre las decisiones que deben tomar las autoridades nacionales de seguridad y la Agencia e caso de que se cursen solicitudes diferentes para autorizaciones y certificados únicos similares.

La ventanilla única tiene que estar en funcionamiento no más tarde del 16 de junio de 2019

2. En relación con la seguridad ferroviaria

Es el Capítulo 3º del Reglamento el que regula las funciones de la Agencia que tienen

conexión directa con la seguridad ferroviaria. En esencia y como se desarrolla posteriormente, se trata de que la Agencia pueda dirigir recomendación a la Comisión, a petición de ésta o por propia iniciativa, sobre medidas de seguridad en función de la experiencia adquirida.

Esta competencia se encuentra dentro del marco de lo que la norma denomina como asistencia técnica-recomendaciones sobre seguridad ferroviaria que es una de las competencias de la Agencia que se completa con la posibilidad de expedición de certificados de seguridad, determinaciones en materia de mantenimiento de vehículos, cooperación con los organismos nacionales de investigación, transportes de mercancías peligrosas por ferrocarril e intercambio de información sobre accidente relativos a la seguridad. De alguna forma podemos indicar que la posición de la Agencia no es meramente de regulación sino que se proyecta sobre aspectos claramente operativos y de ejecución que son los que se identifican con los certificados, la inscripción en los Registros (que se analiza posteriormente) y las autorizaciones ligadas a tramos geográfico y materiales de rodadura.

Es el artículo 14 del Reglamento es que se refiere a los certificados de seguridad únicos indicando que «...La Agencia expedirá, renovará, suspenderá y modificará certificados de seguridad únicos y cooperará con las autoridades nacionales de seguridad a ese respecto, de conformidad con los artículos 10, 11 y 18 de la Directiva (UE) 2016/798....».

En un esquema similar y en relación con el mantenimiento de vehículos, el artículo 15 del Reglamento prevé que «...La Agencia asistirá a la Comisión en lo relativo al sistema de certificación de las entidades encargadas del mantenimiento, de conformidad con el artículo 14, apartado 7, de la Directiva (UE) 2016/798....».

De una forma más descriptiva, el artículo 17 prevé en relación con el transporte de mercancías por ferrocarril que la Agencia seguirá de cerca la evolución de la legislación relativa al transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril para asegurarse que dicha evolución está en consonancia con la legislación de seguridad e interoperabilidad ferroviarias.

En relación con la seguridad, finalmente, se establece en el artículo 16 que la Agencia cooperará con los organismos nacionales de investigación y, en el artículo 18, que la Agencia fomentará el intercambio de información sobre accidentes, incidentes y cuasi accidentes relativos a la seguridad.

En todo caso, nos referimos posteriormente, a las condiciones de seguridad con motivo del apartado en el que se analizan los aspectos esenciales de la Directiva 2016/798, de 11 de mayo, relativa a la seguridad ferroviaria.

3. Relativas a la interoperabilidad

La interoperabilidad es una de las grandes líneas de trabajo del Reglamento y de la normativa comunitaria en su conjunto. La regulación específica está prevista en el Capítulo 4º del Reglamento que se refiere a las funciones de la Agencia en esta materia que, como venimos, indicando es una de las dos líneas centrales de la política comunitaria y del propio contenido operativo de la Agencia.

De una forma general, el artículo 19, fija las funciones de la Agencia en esta materia de asistencia técnica para la regulación y el establecimiento de la interoperabilidad ferroviaria

Corresponde, igualmente, a la Agencia conceder las autorizaciones de puesta en el mercado de vehículos ferroviarios y es, asimismo, la capacitada para renovar, modificar, suspender y revocar las autorizaciones que haya concedido. Igualmente, le corres-

ponde expedir las autorizaciones de puesta en el mercado de los vehículos ferroviarios.

Desde una perspectiva operativa, la Agencia tiene como función, dentro del esquema y de la ordenación de los mecanismos de interoperabilidad, la de comprobar las soluciones técnicas propuestas antes de cualquier anuncio de licitación y, sobre todo, asegurarse que las soluciones propuestas son totalmente interoperables.

En un apartado posterior se concretan las funciones relativas a la interoperabilidad que se desarrollan en la Directiva 2016/797, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea.

4. Funciones relativas a las normas nacionales

El artículo 25 del Reglamento establece la obligación de la Agencia de evaluar en el plazo de dos meses –prorrogables en función de determinadas condiciones– de examinar los proyectos de normas nacionales que se le presenten. Durante el plazo del informe la Agencia y el Estado solicitante pueden intercambiar información sobre el proceso en cuestión y el cumplimiento de los objetivos comunitarios.

Esta función de tutela y supervisión de las normas adicionales afecta, también, a las normas ya publicadas. Según el artículo 26 del Reglamento esta función de supervisión debe realizarse, igualmente y como regla, en el plazo de dos meses desde el conocimiento de la norma.

Esta labor sustantiva se completa, en el artículo 27, con el establecimiento de un sistema informática para la realización de las notificaciones e, incluso, la clasificación a estos efectos de las normas nacionales. En concreto, el citado artículo establece que «... La Agencia

gestionará un sistema informático específico que contenga las normas nacionales a que se refieren los artículos 25 y 26 y los medios aceptables nacionales de conformidad a que se refiere el artículo 2, punto 34, de la Directiva (UE) 2016/797. La Agencia los pondrá a disposición de las partes interesadas a efectos de consulta, cuando proceda....».

5. Funciones en relación con el Sistema Europeo de Gestión del Tráfico ferroviario

Establece el artículo 28 del Reglamento que «... La Agencia actuará como autoridad del sistema para garantizar la evolución coordinada del ERTMS dentro de la Unión, de conformidad con las ETI aplicables. A tal fin, la Agencia mantendrá, controlará y gestionará los requisitos de los subsistemas correspondientes, incluidas las especificaciones técnicas para los sistemas ETCS y GSM-R...». Se trata, como puede verse, de competencias directamente encuadrables en el plano ejecutivo.

Como consecuencia de esta condición de autoridad para garantizar la funcionalidad del Sistema Europeo de Gestión del Tráfico Ferroviario podrá incluir dictar especificaciones técnica para los sistemas ETCS y GSM-R.

A) Grupo ERTMS

Para el desarrollo armónico de las funciones a las que nos acabamos de referir se prevé la creación de un grupo ERTMS de los organismos de evaluación. Finalmente el artículo 29 prevé que «...Agencia evaluará la aplicación del procedimiento de evaluación de la conformidad de componentes de interoperabilidad y del procedimiento de verificación «CE» del material del ERTMS y presentará a la Comisión cada dos años un informe que contendrá, si procede, recomendaciones de eventuales mejoras...».

B) Compatibilidad de los subsistemas a bordo y en vía

La competencia de agencia en relación con la compatibilidad incluye la posibilidad de asesorar a los solicitantes antes de conseguir una autorización para un vehículos equipado con el subsistema ERTMS. Esta misma posibilidad alcanza a la utilización real por las empresas ferroviarias del sistema equipado con ERTMS.

C) Asistencia para el despliegue del ERTMS y los proyectos vinculados al mismo.

Es el artículo 31 del Reglamento es que se refiere a estas funciones en los siguientes términos:

«... La Agencia asistirá a la Comisión en la supervisión y despliegue del ERTMS de conformidad con el plan europeo de despliegue vigente. A petición de la Comisión, facilitará la coordinación del despliegue del ERTMS a lo largo de los corredores transeuropeos de transporte y los corredores ferroviarios de mercancías, contemplados en el Reglamento (UE) n.º 913/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹⁸⁾. 2. La Agencia garantizará la supervisión técnica de proyectos financiados por la Unión para el despliegue del ERTMS incluido, si cuando sea aplicable, y sin causar retrasos indebidos, el análisis de los documentos relativos a la licitación cuando esta tenga lugar. Si fuera necesario, la Agencia asistirá asimismo a los beneficiarios de dichos fondos de la Unión para garantizar que las soluciones técnicas incorporadas a los proyectos se ajusten plenamente a las ETI en materia de control-mando y señalización y sean, por lo tanto, plenamente interoperables....».

D) Acreditación de laboratorios

Según establece el artículo 32 corresponde a la Agencia prestar asistencia en relación con

la formulación de las directrices de acreditación, la armonización de laboratorios y la vigilancia sobre los acreditados de que cumplen con sus condiciones.

6. Funciones relativas a la supervisión del espacio ferroviario europeo

Corresponde a la Agencia supervisar la actividades y la toma de decisiones de la autoridades nacionales en materia de seguridad. Esta función se desarrolla a través de auditorias e inspecciones que se realizan en nombre de la Comisión.

En relación con la auditoria, su alcance está indicado en el apartado 2 del artículo 33 cuando señala que afecta a: a) la capacidad de las autoridades nacionales de seguridad para ejecutar las tareas relativas a la seguridad e interoperabilidad ferroviarias; b) la efectividad de la supervisión desarrollada por las autoridades nacionales de seguridad en torno a los sistemas de gestión de la seguridad de conformidad con el artículo 17 de la Directiva (UE) 2016/798.

Adicionalmente cabe indicar que se faculta a la Agencia para la realización de inspecciones, con anuncio previo, de las autoridades nacionales de seguridad al objeto de examinar ámbitos específicos de sus actividades o de su funcionamiento. Las inspecciones podrán realizarse ad hoc o con arreglo a un plan establecido por la Agencia.

Este esquema de supervisión tiene un alcance adicional que podemos referir a:

A) Supervisión de los organismos de evaluación

Corresponde a la Agencia apoyar a la Comisión en la supervisión de los organismos de evaluación de conformidad mediante la prestación de servicios de asistencia a los

organismos de acreditación y a las autoridades nacionales pertinentes y mediante la realización de auditorias e inspecciones.

En este contexto cabe indicar que la Agencia debe dar apoyo a la acreditación armonizada de los organismos de evaluación. En «...en particular proporcionado a los organismos de acreditación una orientación adecuada sobre los criterios de evaluación y los procedimientos utilizados para evaluar si los organismos notificados se ajustan a los requisitos del capítulo VI de la Directiva (UE) 2016/797, sirviéndose para ello de la Infraestructura europea de acreditación conforme al artículo 14 del Reglamento (CE) n.º 765/2008...» (Art. 34.2)

B) Supervisión de los avances de seguridad y la interoperabilidad ferroviarias.

Corresponde a la Agencia, conjuntamente con los organismos nacionales de investigación, recabar los datos pertinentes sobre los accidentes e incidentes teniendo en cuenta la contribución de tales organismos a la seguridad del sistema ferroviario de la Unión.

En concreto, se atribuye a la Agencia la competencia para realizar un seguimiento global de la seguridad en el sistema ferroviario de la Unión que permite formular recomendaciones sobre la interoperabilidad y la coordinación entre las empresas ferroviarias y los administradores de infraestructuras.

7. Otras funciones de la Agencia

Se trata de incluir en este apartado un conjunto disperso y complementario, en gran medida, de las competencias a las que nos acabamos de referir. Dentro de esta referencia genérica podemos destacar:

A) Personal de las empresas ferroviarias

Corresponde a la Agencia la realización de funciones que ya estableció la Directiva

2007/59, del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2007 sobre certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad. En concreto, según el artículo 1º de la Directiva «... La presente Directiva establece las condiciones y procedimientos para la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes que circulan por el sistema ferroviario de la Comunidad. Fija también las tareas que incumben a las autoridades competentes de los Estados miembros, los maquinistas y otras partes del sector, en particular las empresas ferroviarias, los administradores de infraestructuras y los centros de formación....».

Como consecuencia de esto, el artículo 4º de la Directiva establece el modelo comunitario de certificación que se une a la licencia que acredita condiciones mínimas, requisitos médicos, escolaridad básica y competencias profesionales general y un certificado que determina las infraestructuras en las que el titular está autorizado a conducir y el material rodante que tiene permitido utilizar.

El certificado autorizará la conducción de una o varias de las siguientes categorías de vehículos:

- a) categoría A: locomotoras de maniobra, trenes de trabajo, vehículos de mantenimiento ferroviario y cualesquiera otras locomotoras, cuando se empleen para maniobras;
- b) categoría B: transporte de personas o de mercancías.

B) Registros y accesibilidad a los mismos

Se atribuye a la Agencia la obligación de crear y mantener, en cooperación con las autoridades nacionales, los siguientes Registros:

- a) el registro europeo de vehículos.

Este registro se ordena de conformidad con

el artículo 47 de la Directiva (UE) 2016/797.

- b) el registro europeo de tipos autorizados de vehículos.

Este registro se ordena de conformidad con el artículo 48 de con el artículo 48 de la Directiva (UE) 2016/797.

C) Cooperación de las autoridades nacionales de seguridad, de los organismos de investigación y los organismos representativos.

Señala el artículo 38 que «...La Agencia establecerá una red de las autoridades nacionales de seguridad a que se refiere el artículo 16 de la Directiva (UE) 2016/798. La Agencia facilitará una secretaría a esta red. 2. La Agencia prestará su apoyo a los organismos de investigación de conformidad con el artículo 22, apartado 7, de la Directiva (UE) 2016/798. La Agencia facilitará una secretaría para la cooperación de los organismos de investigación, que se organizará de forma que esté separada de las funciones de la Agencia relativas a la expedición de certificados de seguridad para las empresas ferroviarias y de las autorizaciones de puesta en el mercado de vehículos....».

Los objetivos de cooperación se centran, en particular, en los siguientes:

- a) el intercambio de información relativa a la seguridad e interoperabilidad ferroviarias;
- b) el fomento de prácticas idóneas y la difusión de los conocimientos pertinentes;
- c) la aportación a la Agencia de datos relativos a la seguridad ferroviaria y, en particular, a los ICS.

D) Investigación y fomento de la innovación

Esta referencia genérica se encuentra en el artículo 40 del Reglamento que se refiere a «...petición de la Comisión o por propia iniciativa conforme al procedimiento indicado en el artículo 52, apartado 4, la Agencia

contribuirá a las actividades de investigación del ámbito ferroviario a escala de la Unión, también prestando apoyo a los servicios de la Comisión y organismos representativos pertinentes. Esta contribución se entenderá sin perjuicio de otras actividades de investigación a escala de la Unión. 2. La Comisión podrá encomendar a la Agencia la función de fomentar innovaciones destinadas a mejorar la interoperabilidad y la seguridad ferroviaria, en particular en lo que se refiere al uso de nuevas tecnologías de la información, la información sobre los horarios y los sistemas de posicionamiento y seguimiento...».

III. LA FUNCIÓN DE SEGURIDAD

El Capítulo 3 del Reglamento se dedica, como anteriormente hemos apuntado, a las funciones de la Agencia relativas a la seguridad ferroviaria y establece un conjunto de principios que, finalmente, vienen a ser desarrollados y completados, en la actualidad, por la Directiva (UE) 2016/798, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa, específicamente, a la seguridad ferroviaria.

El esquema de esta Directiva pasa por la delimitación de las funciones de los agentes del sistema ferroviario de la Unión así como la fijación de indicadores comunes de seguridad,⁵ métodos comunes de seguridad, objetivos de seguridad y la coordinación con las normas nacionales en el ámbito de la seguridad y los sistemas de gestión de la seguridad.

En este esquema, los objetivos comunes de seguridad (OCS) se determinan en el artículo 7 de la Directiva en la que se señala que «... Los OCS establecerán los niveles mínimos de seguridad que debe alcanzar el sistema en su conjunto, y siempre que sea factible, las diversas partes del sistema ferroviario en cada Estado miem-

bro y en la Unión. Los OCS podrán expresarse en términos de criterios de aceptación del riesgo o en niveles de seguridad objetivo y tendrán en consideración, en particular:

- a) los riesgos individuales relacionados con los pasajeros, el personal incluidos los empleados o los contratistas, los usuarios de pasos a nivel y otros, y, sin perjuicio de las normas nacionales e internacionales existentes en materia de responsabilidad, los riesgos individuales relacionados con las personas no autorizadas;
- b) los riesgos para la sociedad en su conjunto...»

Los objetivos centrales de la Directiva son:

- a) Armonización de la estructura reguladora en los Estados miembros.
- b) Definición de las responsabilidades entre los agentes del sistema ferroviario de la Unión.
- c) Elaboración de objetivos comunes de seguridad y métodos comunes de seguridad con vistas a la eliminación progresiva de la necesidad de normas nacionales
- d) La definición de los principios para la expedición, renovación, modificación y restricción o revocación de los certificados y autorizaciones de seguridad.
- e) El establecimiento obligatorio en cada Estado miembro de una autoridad nacional de seguridad y un organismo de investigación de accidentes e incidentes.
- f) La definición de principios comunes de gestión, regulación y supervisión ferroviaria.

La primera de las características es la exigencia del certificado de seguridad único que afecta o es exigible «... el acceso a la infraestructura ferroviaria a las empresas ferroviarias que posean el certificado de seguridad único expedido por la Agencia de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 5 a 7, o por una autoridad nacional de seguridad de conformidad...».

El objetivo del certificado de seguridad « es dejar constancia de que la empresa ferroviaria ha creado un sistema propio de gestión de la seguridad y que está en condiciones de operar de manera segura en el ámbito de operación previsto...».

En relación con esto, el artículo 11 establece las reglas de cooperación entre la Agencia y las autoridades nacionales en la expedición de certificados de seguridad. A estos efectos señala que «... 1. A los efectos del artículo 10, apartados 5 y 6, de la presente Directiva, la Agencia celebrará acuerdos de cooperación con las autoridades nacionales de seguridad de conformidad con el artículo 76 del Reglamento (UE) 2016/796. Los acuerdos de cooperación serán acuerdos específicos o acuerdos marco y en ellos podrán ser partes una o más autoridades nacionales de seguridad. Los acuerdos de cooperación incluirán una descripción detallada de las tareas y condiciones de los resultados que deban alcanzarse, los plazos aplicables a su realización y un prorrateo de las tasas que han de abonarse por el solicitante.

El administrador de infraestructuras deberá obtener una autorización de seguridad de la autoridad nacional de seguridad del Estado miembro en que esté situada la infraestructura ferroviaria.

La autorización de seguridad comprenderá una autorización que confirme la aprobación del sistema de gestión de la seguridad del administrador de infraestructuras según lo dispuesto en el artículo 9, e incluirá los procedimientos y disposiciones por los que se cumplan los requisitos necesarios para el diseño, mantenimiento y explotación de la infraestructura ferroviaria en condiciones de seguridad, incluidos, en su caso, el mantenimiento y explotación del sistema de control del tráfico y de señalización....».

La Directiva añade una regulación específica en relación con el mantenimiento de los vehículos, el acceso a los servicios de formación, mantenimiento de los vehículos e, incluso, las excepciones al sistema de certificación que opera como elemento general.

Desde la perspectiva de la implantación de los modelos, la Directiva regula la figura de las Autoridades Nacionales de Seguridad. En este sentido, el artículo 16 señala que «... Cada Estado miembro establecerá una autoridad nacional de seguridad. Los Estados miembros velarán por que la autoridad nacional de seguridad disponga de la necesaria capacidad organizativa interna y externa en materia de recursos humanos y materiales. Dicha autoridad será independiente, en su organización, estructura jurídica y capacidad decisoria, de cualquier empresa ferroviaria, administrador de infraestructuras, solicitante o entidad contratante, así como de cualquier entidad adjudicadora de contratos de servicio público. Siempre que se garantice tal independencia, la autoridad nacional podrá ser un servicio del Ministerio responsable de las cuestiones de transporte....».

En lo que se refiere a sus funciones, el artículo 17 señala que «... Las autoridades nacionales de seguridad velarán por que toda empresa ferroviaria o administrador de infraestructuras cumpla permanentemente su obligación legal de utilizar un sistema de gestión de la seguridad conforme a lo dispuesto en el artículo 9.

A tal fin, las autoridades nacionales de seguridad aplicarán los principios establecidos en los correspondientes MCS para la supervisión a que se refiere el artículo 6, apartado 1, letra c), asegurándose de que las actividades de supervisión incluyan, en particular, la comprobación de que las empresas ferroviarias y los administradores de infraestructuras aplican lo siguiente:

- a) El sistema de gestión de seguridad para vigilar su eficacia.
- b) Los elementos completos o parciales del sistema de gestión de la seguridad, incluidas las actividades operativas, la prestación de servicios de mantenimiento y el suministro de material.
- c) El MCS pertinente a que se refiere el artículo 6º...».

El Capítulo V de la Directiva se refiere a la Investigación sobre accidentes e incidentes. Esta regulación parte de un principio central: la obligación de investigar. En concreto, señala que «... Los Estados miembros velarán por que el organismo de investigación a que se refiere el artículo 22 lleve a cabo una investigación cuando se produzca cualquier accidente grave en el sistema ferroviario de la Unión. El objetivo de la investigación será mejorar, en la medida de lo posible, la seguridad ferroviaria y la prevención de accidentes....».

Sobre esta base se señala en la Directiva que «... Los Estados miembros definirán, en el marco de sus ordenamientos jurídicos respectivos, el estatuto jurídico de la investigación que permita a los investigadores llevar a cabo su cometido de la manera más eficaz y en el plazo más breve....».

Adicionalmente, se añade que «... los Estados miembros garantizarán la plena cooperación de las autoridades responsables de cualquier investigación judicial, y se asegurarán de que se proporcione a los investigadores lo antes posible acceso a la información y a las pruebas pertinentes para la investigación...».

Desde una perspectiva operativa, el órgano de investigación, en las condiciones a las que nos acabamos de referir tiene una mínima regulación en el artículo 22 cuando señala que «... Cada Estado miembro velará por que las investigaciones sobre los accidentes e incidentes a que se refiere el artículo 20

sean efectuadas por un organismo permanente, que dispondrá de al menos un investigador capaz de desempeñar la función de responsable de la investigación en caso de accidente o incidente. Dicho organismo será independiente, en su organización, estructura jurídica y capacidad decisoria, de cualquier administrador de infraestructuras, empresa ferroviaria, organismo de tarifación, organismo de adjudicación y organismo de evaluación de la conformidad y de cualquier parte cuyos intereses pudieran entrar en conflicto con el cometido confiado al organismo de investigación. Será asimismo funcionalmente independiente de la autoridad nacional de seguridad, de la Agencia y de cualquier regulador de los ferrocarriles....».

Por su parte, y desde una perspectiva procedimental, el elemento central es el Informe que tiene por objeto señalar los avances en la materia y, en su caso, las recomendaciones de seguridad.

En relación a la propia difusión y conocimiento del Informe, se añade en el artículo 24 que «... El organismo de investigación hará público el informe definitivo en el plazo más breve posible y normalmente, a más tardar, doce meses después de la fecha de la incidencia. Si el informe final no puede publicarse en el plazo de doce meses, el organismo de investigación publicará una declaración provisional al menos en cada fecha aniversario del accidente, detallando los avances de la investigación y las cuestiones de seguridad planteadas. El informe, incluidas las recomendaciones de seguridad, se comunicará a las partes pertinentes a que se refiere el artículo 23, apartado 3, y a los organismos y partes afectados de otros Estados miembros.

Teniendo en cuenta la experiencia adquirida por los organismos de investigación, la Comisión establecerá, mediante actos de ejecución, la estructura de presentación de

información a la que deberán atenerse todo lo posible los informes de investigación de accidentes e incidentes....».

El esquema de medidas de seguridad se completa en el artículo 30 con una referencia directa al régimen sancionador que se sitúa en manos de los Estados de miembros al indicar que «... Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar su aplicación. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas, no discriminatorias y disuasorias. Los Estados miembros notificarán dicho régimen a la Comisión a más tardar en la fecha indicada en el artículo 33, apartado 1, y le notificarán sin tardanza cualquier modificación posterior que experimenten....».

En relación con la transposición se parte de una fecha clave: 16 de junio de 2019. No obstante se añade que «... Los Estados miembros podrán prorrogar el plazo de transposición previsto en el apartado 1 por un año. Y, subjetivamente «... Chipre y Malta quedan exentas de las obligaciones de transposición y aplicación de la presente Directiva mientras no dispongan de un sistema ferroviario en sus respectivos territorios...».⁶

IV. LA INTEROPERABILIDAD

Es el Capítulo 4 del Reglamento el que, en los términos que sucintamente hemos apuntado, se refiere a las funciones de la Agencia en materia de interoperabilidad que son objeto de concreción con la publicación de la otra gran norma del cuarto paquete normativo que está representado por la Directiva 2016/797, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016 sobre

la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea.

La Directiva se enmarca en el nuevo régimen jurídico de la Agencia Ferroviaria Europea y trata de actualizar algunas de las medidas previstas en la Directiva 2008/57. A este respecto, la propia Directiva señala que «... la Agencia debe promover activamente el planteamiento de la Unión respecto de la seguridad y la interoperatividad ferroviarias en sus relaciones con las organizaciones internacionales y los terceros países....».

En concreto, el artículo 1º de la Directiva establece que «... la interoperabilidad del sistema ferroviario de la Unión de modo compatible con la Directiva (UE) 2016/798 con vistas a determinar un nivel óptimo de armonización técnica, hacer posible la facilitación, mejora y desarrollo de los servicios de transporte por ferrocarril en la Unión y con terceros países y contribuir a la consecución del espacio ferroviario europeo único y a la realización progresiva del mercado interior. Dichas condiciones se refieren al proyecto, construcción, entrada en servicio, rehabilitación, renovación, explotación y mantenimiento de los elementos de dicho sistema, así como a las cualificaciones profesionales y a las condiciones de salud y seguridad aplicables al personal que contribuye a su explotación y mantenimiento....». Quedan fuera del ámbito de aplicación los metros, los tranvías y los sistemas ferroviarios ligeros y las redes separadas funcionalmente del resto del sistema ferroviario de la Unión Europea.⁷

La figura central son las Especificaciones Técnicas de interoperabilidad (ETI). Según el artículo 4º de la Directiva, « Cada uno de los subsistemas determinados en el anexo II será objeto de una ETI. Si fuera necesario, un subsistema podrá ser objeto de varias ETI y una ETI podrá abarcar varios subsistemas....». La característica de la ETI es que debe elaborarse teniendo en cuenta los cos-

tes y las ventajas previsibles de las soluciones técnicas propuestas.

El artículo 7º de la Directiva establece los supuestos no aplicación de la ETI que alcanzan a los supuestos de renovación o rehabilitación de un subsistema, a los accidentes o catástrofes naturales, renovación o aplicación de un proyecto existente por causa que ponga en crisis su viabilidad económica o, en determinados supuestos, de concurrencia prestacional en el mismo ámbito de un subsistema.

El Capítulo III de la Directiva se refiere a los componentes de la interoperabilidad que comienza con la indicación de que «... Los Estados miembros adoptarán todas las medidas oportunas para que los componentes de interoperabilidad:

- a) Solo se pongan en el mercado si permiten la interoperabilidad del sistema ferroviario de la Unión, de conformidad con los requisitos esenciales.
- b) Se utilicen en el ámbito para el que estén destinados y se instalen y mantengan adecuadamente...».

Desde una perspectiva práctica corresponde a «... Comisión establecerá la plantilla de la declaración «CE» de conformidad o idoneidad para el uso de los componentes de interoperabilidad y la lista de documentos que la acompañen...».

No obstante las referencias anteriores, el Capítulo IV de la Directiva se refiere a lo que denomina «subsistemas». En concreto, incluye en este ámbito las referencias a la libre circulación, las notificaciones de las normas nacionales, el procedimiento para establecer la declaración «CE» de verificación y las consecuencias esenciales del incumplimiento de los requisitos por parte de los subsistemas.

Finalmente, el Capítulo VI se refiere a los organismos de evaluación de la conformidad

función que corresponde a los Estados a los que se atribuye la competencia para establecer y aplicar los procedimientos necesarios para la evaluación, notificación y seguimiento de los organismos de evaluación de conformidad. En todo caso, «...Los Estados miembros garantizarán que esas autoridades notifiquen a la Comisión y a los demás Estados miembros los organismos autorizados para realizar las tareas de evaluación de la conformidad de terceros previstas en el artículo 10, apartado 2, y el artículo 15, apartado 1. También garantizarán que comuniquen a la Comisión y a los demás Estados miembros...».

Desde otra perspectiva y en relación con su estatus, el artículo 30 señala que el organismo de evaluación debe ser constituido según el derecho nacional y, en todo caso, tendrá personalidad jurídica. Podrá llevar a cabo las tareas de evaluación de conformidad que le sean asignadas. En relación con el personal que presta los servicios en el organismo de evaluación se añade que «... El personal del organismo de evaluación de la conformidad deberá observar el secreto profesional acerca de toda la información recabada en el marco de sus tareas, con arreglo a lo dispuesto en la ETI pertinente o en cualquier disposición de Derecho nacional aplicable al respecto, salvo en relación con las autoridades competentes del Estado miembro en que realice sus actividades. Se protegerán los derechos de propiedad...».

Adicionalmente se establece que el organismo de evaluación debe ser independiente de la organización o del fabricante del producto que evalúa.

El esquema de regulación concluye con la creación del sistema de numeración de vehículos y el registro de vehículos. Ambos son competencia de las autoridades europeas aunque se admite que puedan mantenerse los nacionales hasta que se cree el registro europeo. Por su parte, el Registro europeo

de tipos autorizados de vehículos y el Registro de Infraestructuras completan la función registral que se caracteriza por una mínima uniformidad y por el señalamiento de la condición de registro público y accesible por el conjunto de usuarios e interesados en el sistema.

El régimen que establece tiene un amplio proceso temporal de entrada en vigor como señala la Disposición Derogatoria en la que se indica que «... la Directiva 2008/57/CE, modificada por las directivas citadas en el anexo V, parte A, con efectos a partir del 16 de junio de 2020, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a las fechas de incorporación al Derecho interno de las directivas establecidas en la lista del anexo V, parte B...», aunque, formalmente, la entrada en vigor se produce a las veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Los apartados anteriores responden al deseo de anunciar algunos de los profundos cambios normativos y de gestión a los que tendrá que responder la actuación de los países miembros de la Unión Europea.

Con carácter general podemos indicar que se trata de un conjunto de reformas de amplio espectro y que conforman un marco de actuación ya muy delimitado y muy matizado por las anteriores normativas de la Unión europea que se han ido refiriendo, precisamente, a los diferentes elementos que conforman la política comunitaria en la materia.

Este cuarto paquete de normas apuesta por la ampliación de competencias de la Agencia con una reforma profunda de sus competencias y de sus pautas de actuación y, específicamente,

con el deseo de que la articulación y la cooperación con los países se haga desde la misma.

Adicionalmente los elementos centrales son los que se refieren a la seguridad de los elementos y de los ciudadanos y a la compatibilidad de sistemas con el establecimiento de directrices de operabilidad conjunta entre todos los sistemas.

La labor de adaptación y de transposición de las Directivas de seguridad y de interoperabilidad implican algunos cambios profundos en la normativa española y en la propia concepción del sistema en el que se atribuyen a la Agencia un conjunto nada menor de competencias de carácter ejecutivo que suponen de facto un desplazamiento de la posición nacional en la materia.

[1] Su página web oficial es: <https://www.era.europa.eu/>

[2] Textualmente, el artículo señala que «... 1. Las disposiciones del presente título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea. Se pronunciarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones...».

[3] En la Exposición de Motivos del Reglamento de 2016 se señala en relación con esta Agencia que «... El Reglamento (CE) n.º 881/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽⁶⁾ crea una Agencia Ferroviaria Europea (en lo sucesivo, «Agencia») con el fin de fomentar la constitución de un espacio ferroviario europeo sin fronteras y de contribuir a la revitalización del sector ferroviario, reforzando a la vez sus logros fundamentales en materia de seguridad. El cuarto paquete ferroviario contiene importantes cambios destinados a mejorar la explotación del espacio ferroviario europeo único a través de la refundición de la Directiva 2004/49/CE y de la Directiva 2008/57/CE, ambas directamente relacionadas con las funciones de la Agencia. Estas Directivas regulan, en particular,

el ejercicio de funciones relativas a la expedición de autorizaciones para los vehículos y certificados de seguridad a escala de la Unión. Ello implica un mayor protagonismo de la Agencia. Debido a los numerosos cambios que se introducen en las funciones y en la organización interna de la Agencia, el Reglamento (CE) n.º 881/2004 debe derogarse y ser sustituido por un nuevo acto jurídico...».

[4] Los términos del diálogo son los previstos en Decisión 98/500/CE de la Comisión, de 20 de mayo de 1998, relativa a la creación de Comités de diálogo sectorial para promover el diálogo entre los interlocutores sociales a escala europea [C (1998) 2334].

[5] El artículo 5º de la Directiva se refiere a ellos y señala que «... Para facilitar la evaluación de la consecución de los OCS y asegurar el seguimiento de la evolución general de la seguridad ferroviaria, los Estados miembros recogerán información sobre los indicadores comunes de seguridad (en lo sucesivo, «ICS») mediante la realización de informes anuales

por parte de las autoridades nacionales de seguridad, de conformidad con el artículo 19...».

[6] El artículo 34 de la Directiva en relación con la derogación de la normativa previa establece que «... La Directiva 2004/49/CE, modificada por las Directivas enumeradas en el anexo IV, parte A, queda derogada con efectos a partir del 16 de junio de 2020, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a las fechas de incorporación al Derecho interno y aplicación de las directivas que figuran en el anexo IV, parte B...».

[7] La delimitación del ámbito de aplicación se completa, en el artículo 1º con la idea de que los Estados miembros pueden excluir, adicionalmente, del ámbito de aplicación a las infraestructuras ferroviarias privadas, la infraestructura y los vehículos reservados, la infraestructura de los sistemas ferroviarios ligeros y los vehículos utilizados principalmente en la infraestructura de los servicios ligeros.

► **Sección jurisprudencial**

CESE DE FUNCIONARIOS INTERINOS POR OCUPACIÓN DE LA PLAZA POR UN FUNCIONARIO DE CARRERA DISTINTO AL SUSTITUIDO

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2020)

Autor: Javier Fuertes López

Cargo: Magistrado

SUMARIO

- I. **FUNCIONARIOS INTERINOS: CONCEPTO Y NOMBRAMIENTO**
 1. Concepto
 2. Y circunstancias para su nombramiento

- II. **FUNCIONARIOS INTERINOS: EL CESE DE LA RELACIÓN DE SERVICIO**
 1. Concepto y naturaleza
 2. El cese de los funcionarios interinos “cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento”

- III. **DEL CAMINO RECORRIDO HASTA LLEGAR AL TRIBUNAL SUPREMO**
 1. El supuesto
 2. De la interpretación en primera instancia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
 3. De la interpretación que, por el Tribunal Superior de Justicia, se realiza en apelación

- IV. **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ENERO DE 2020**
 1. Interposición y admisión del recuso de casación
 2. Análisis de artículo 10 b) del TREBEP
 3. Justificación de la doctrina del Tribunal Supremo

- V. **A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA FALSA SENCILLEZ DE LA CUESTIÓN**

I. FUNCIONARIOS INTERINOS: CONCEPTO Y NOMBRAMIENTO

1. Concepto

El artículo 10 de texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, al que, en adelante nos referiremos como TREBEP) regula, en el marco de las diferentes clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, los *funcionarios interinos*¹.

En este precepto se establece lo que son, lo que debe de entenderse, por *funcionarios interinos* que son definidos como:

... los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera.

En estos términos, la figura del funcionario interino se conforma como un excepcional mecanismo sustitución de los *funcionarios de carrera* (previstos en el artículo 9 del TREBEP) para aquellos supuestos, en los que si poder cumplir con las condiciones establecidas para ello (nombramiento legal, vinculación por regulación estatutaria de derecho público, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente) se ocupa ese puesto (*para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera*) por quien no ha pasado por el correspondiente proceso de selección (cumpliendo de forma escrupulosa con los principios de *igualdad, mérito y capacidad en el acceso*²).

Mecanismo excepcional en cuanto que requiere, como premisa y fundamento, de que concurren, tal y como señala el inciso inicial de de este artículo 10.1 del TREBEP de encontrarnos en presencia de *razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia*.

De esta forma, el legislador hace uso de unos términos (*necesidad y urgencia*) que, de forma clásica, han sido empleados para definir situaciones cuya concurrencia se presenta como poco resulta probable, si bien la práctica se empeña en demostrar que, bien al contrario, se convierten en habituales cuando no ordinarias³.

2. Y circunstancias para su nombramiento

Razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia que se ponen, en directa relación con una serie de supuestos que, como *circunstancias*, permiten determinar que nos encontramos ante esa situación extraordinaria y excepcional.

Y, de esta manera, en ese mismo artículo 10.1 del TREBEP se dispone que el nombramiento de *funcionarios interinos* para el desempeño de puestos que deberían estar ocupados por *funcionarios de carrera* será posible *cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias*:

- a) *La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
- b) *La sustitución transitoria de los titulares.*
- c) *La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.*
- d) *El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.*

Ninguna duda cabe que, en los términos enunciados, se trata de una lista o relación cerrada de supuestos, que es la única forma en la que se puede entender una relación de casos, de *circunstancias*, para cubrir un puesto que, debiendo estar ocupado por un *funcionario de carrera*, se cubre, de forma excep-

cional y extraordinaria, por quien no reúne esa condición.

El propio análisis de los supuestos habilitantes, de lo que se denominan *circunstancias*, permite determinar la relación existente esa necesidad excepcional y los supuestos que dan lugar a esa situación. Que *no haya funcionarios de carrera* en un momento determinado, que nos encontremos ante una situación de *ausencia momentánea y circunstancial* (que es la forma en la que hay que entender el término *transitoria*), una necesidad pública, como función, que *sin ser de carácter permanente* no tenga una duración (prevista) de más de tres años (prorrogables a cuatro) y una situación de exceso de trabajo de carácter *circunstancial* (que se concreta en un máximo de seis meses en un marco temporal de doce meses).

La Ley, el TREBEP, establece unos supuestos concretos y determinados que son los únicos en los que se puede entender, la Administración Pública puede entender, que concurre esa causa justificada de necesidad y urgencia que le permite nombrar para desempeñar las funciones que son propias de los *funcionarios de carrera* a quienes no lo son.

II. FUNCIONARIOS INTERINOS: EL CESE DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

1. Concepto y naturaleza

A los *funcionarios interinos*, en tanto que funcionarios públicos, les resultan aplicables las causas que, para la pérdida de la condición de funcionario de carrera se disponen de manera general.

Causas que se encuentran recogidas en el artículo 63 del propio TREBEP y que establece como tales:

- a) *La renuncia a la condición de funcionario.*
- b) *La pérdida de la nacionalidad.*
- c) *La jubilación total del funcionario.*
- d) *La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme.*
- e) *La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.*

Circunstancias que, de orden natural, resultan aplicables a los *funcionarios interinos*, tal y como prevé de manera expresa el artículo 10.3 del TREBEP, precepto que, tomando en consideración la propia naturaleza sustitutiva (o sustitutoria) de los *funcionarios interinos* prescribe, como causa adicional (además de las previstas para los *funcionarios de carrera*), que el cese de los funcionarios interinos se producirá, además, "cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento".

Relación de causas que dan lugar a la terminación de esa relación de servicio de *carácter temporal* que, a su vez, y de forma correlativa a las circunstancias que de manera excepcional permiten su nombramiento sin ser *funcionarios de carrera*, han de entenderse como una enumeración cerrada de supuestos.

Por ello, la forma en la que ha de entenderse e interpretarse cada una de esas causas que determinan la conclusión de la relación de servicio y, de manera especial, el supuesto específicamente previsto para concluir la relación establecida con quien ha sido nombrado como *funcionario interino*.

2. El cese de los funcionarios interinos "cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento"

La causa que, de manera específica para los *funcionarios interinos*, establece el inciso final del artículo 10.3 del TREBEP requiere de la necesaria delimitación de sus contornos.

Esos límites no parecen presentar mayores dificultades en tanto que la causa, la *circunstancia*, que determinó y dio origen al nombramiento sea, a su vez, clara y precisa.

Ahora bien, la práctica demuestra que todos las *circunstancias* que, como hemos tenido oportunidad de ver, permiten el nombramiento de *funcionarios interinos* son susceptibles de plantear, en los casos concretos de sustitución, problemas en cuanto a su interpretación.

Prueba de ello es el Auto del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018, por el que se acuerda la admisión del recurso de casación interpuesto frente a la [Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de febrero de 2017 \(recurso contencioso-administrativo 161/2016\)](#) que, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Tarragona de 3 de febrero de 2016 (recurso contencioso-administrativo 123/2015), *declaraba el derecho de la recurrente a ser repuesta en su condición de personal interino por sustitución del funcionario anteriormente mencionado, con los efectos jurídicos y económicos procedentes, especialmente en lo referente a la retribución dejada de percibir, más intereses legales devengados.*

III. DEL CAMINO RECORRIDO HASTA LLEGAR AL TRIBUNAL SUPREMO

1. El supuesto

El origen del caso al que se termina enfrentando en casación el Tribunal Supremo se inicia cuando en el nombramiento de una funcionaria interina (hecho que tiene lugar el 2 de abril de 1993) se establece, en el capítulo de condiciones del nombramiento, que

ese nombramiento “era temporal y sería revocado en todo caso cuando el órgano que lo había extendido lo creyese necesario o cuando el puesto de trabajo fuese ocupado por personal interino o por el funcionario objeto de sustitución”.

En el caso que nos ocupa el funcionario de carrera sustituido pasaba a la situación de servicios especiales.

El 22 de febrero de 2015 se le comunicaba el cese como funcionaria interina estableciendo como causa de ese cese que “había tenido entrada en el Departamento de Salut la solicitud de reingreso al servicio activo de una funcionaria del mencionado cuerpo que tenía su último destino en el Servei Regional de l’ASPCAT, la misma pasaba a acceder a ese puesto de trabajo”.

La funcionaria interina cesada interpuso recurso contencioso-administrativo al entender que la causa señalada no justifica su cese ya que “como funcionaria de carrera, la ocupante debía tener una determinada plaza en propiedad, así como que el cese de los funcionarios interinos se produce cuando finaliza la causa de su nombramiento” por lo que “encontrándonos ante un nombramiento de funcionaria interina de sustitución, su cese se acordará cuando se reincorpore la persona a la que sustituya o bien cuando esta pierda su derecho a reincorporación a su misma plaza, situaciones que no se han producido, por lo que no hay razón alguna para el cese”.

Para la Administración, la que acuerda el cese, está claro que un funcionario interino puede ser cesado por el reingreso de un funcionario de carrera, *aun cuando éste no sea el titular de la plaza para la que fue nombrado el funcionario interino*, cuestión que se constituye en el centro de la controversia en cuanto a la interpretación que deba realizarse de la previsión de cese “cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento”, del inciso

final del artículo 10.3 del TREBEP, en relación con la causa de “la sustitución transitoria de los titulares”, establecida en el artículo 10.1 b) del propio TREBEP.

2. De la interpretación en primera instancia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

Para el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la decisión de la Administración, y el cese de la funcionaria interina por el reingreso de un funcionario de carrera, aun cuando éste no sea el titular de la plaza para la que fue nombrado el funcionario interino, es una interpretación del perfectamente con las notas de provisionalidad y temporalidad que caracteriza sus funciones y con el hecho de que no adquieren derecho alguno (con expresa referencia a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de octubre de 2015, recurso de apelación 22/2015](#)).

Argumentación que se sustenta en la idea (interpretación *contrario sensu* del artículo 10 del entonces vigente EBEP, con idéntica redacción al artículo 10 del TREBEP) de que si los funcionarios interinos son nombrados por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia para ejercer funciones propias de funcionarios de carrera, en aquellos casos en que no se posible cubrir las plazas por tale funcionarios, lógico y admisible es que cesada la situación de necesidad y urgencia que determinó el nombramiento, por existir un funcionario de carrera que pueda cubrir la plaza, el funcionario interino haya de cesar en el trabajo que venía realizando, por cuanto que la misma puede ser cubierta por funcionario de carrera, con independencia de que dicho funcionario de carrera sea o no el titular de dicha plaza.

De lo que se deriva la desestimación del recurso contencioso-administrativo inter-

puesto por la funcionaria interina que había sido cesada.

3. De la interpretación que, por el Tribunal Superior de Justicia, se realiza en apelación

Frente a esa desestimación de su recurso contencioso-administrativo se interpone, por la funcionaria cesada, recurso de apelación.

La funcionaria interina cesada sustenta su recurso en que “era funcionaria interina de sustitución de un determinado funcionario de carrera, que se encontraba en situación de servicios especiales, lo que supone situaciones fácticas diferentes relacionadas con el reingreso de un funcionario de carrera que no sea el anteriormente mencionado”.

Y, por ello considera que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 del EBEP no puede ser cesada arbitrariamente, ya que “la causa de su nombramiento no ha finalizado”.

La Administración demandada (la Generalitat de Cataluña) considera que no hay lugar a la revocación de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo “por cuanto hubo una causa legal de cese de la funcionaria interina” que se concreta en que “se produjo el reingreso en el servicio activo de una funcionaria de carrera, cuyo último destino había sido Tarragona, sin que se dispusiese de ninguna plaza vacante presupuestada en dicho Municipio, ni otra plaza ocupada por funcionario interino. La única plaza era la desempeñada por la recurrente en su condición de interinidad, por eso se adjudicó a la funcionaria de carrera reingresada”.

Para la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña “la causa legal está establecida en el mismo título de nombramiento de la funcio-

naria interina” en el que se hace constar expresamente que la interinidad lo es para la sustitución de un funcionario de carrera concreto y determinado.

Y la interpretación que realiza de esas concretas circunstancias en relación con la regulación efectuada en el artículo 10 del EBEP se fundamenta en que:

1) Si bien podría considerarse que el ingreso de un funcionario de carrera, sin que existiese plaza de su categoría dotada presupuestariamente, en principio, no habría más remedio que acudir a los criterios selectivos y de preferencia para acordar su legal reincorporación, que en este caso, debería cesar el funcionario interino en beneficio del funcionario de carrera.

2) En el presente caso, la reincorporación de otro funcionario de carrera no produce el efecto jurídico de extinguir el nombramiento de la funcionaria interina, pues éste nombramiento depende única y exclusivamente de que se reincorpore el funcionario a quien sustituyó y cuyo nombre consta en el título de nombramiento.

3) Entender lo contrario supondría el reconocimiento de una potestad absoluta y excesiva en la Administración Pública en la intervención del régimen funcionarial, pues debe estar a lo que ella misma ha dispuesto como condicionamiento y efectividad del cese de la funcionaria interina.

De lo que se deriva la siguiente conclusión:

Por lo tanto, dicho nombramiento depende de una condición suspensiva y cierta, cuál es, que el funcionario sustituido, del no se sabía en el momento del nombramiento cuando se reincorporaría a su puesto de trabajo, aun cuando era seguro que sí que lo haría en un futuro próximo, pondría fin con su reincorporación al desempeño de las funciones

profesionales de la funcionaria interina. Otra cosa es que en virtud de lo especificado en el título de nombramiento, se hubiese cesado a la funcionaria interina cuando la Administración Pública lo creyese necesario, o bien, por amortización del puesto de trabajo, lo que le hubiese obligado a fundamentar y justificar con una motivación completa, amplia y detallada las causas que justificasen esa decisión, para no caer en la arbitrariedad, prohibida en todo caso por el artículo 9.3 de la Constitución. Como ello no ha ocurrido, es por lo que sólo y exclusivamente, en virtud del contenido del título de nombramiento se podrá poner fin a la relación funcionarial de la funcionaria interina.

Lo que da lugar a la estimación del recurso y la revocación de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ENERO DE 2020

1. Interposición y admisión del recuso de casación

Interpuesto recurso de casación por la Generalitat, el Tribunal Supremo lo admite por Auto de 24 de septiembre de 2018 en el que:

1) Se precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a si el cese del funcionario interino nombrado por sustitución puede producirse con ocasión a la ocupación de la plaza por un funcionario de carrera distinto al sustituido.

2) Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 10, 9.1 y 91 del TREBEP.

2. Análisis de artículo 10 b) del TREBEP

La cuestión debatida, y a la que se atribuye interés casacional, requiere de la interpretación de la previsión efectuada en el artículo 10 b) del TREBEP en tanto que supuesto general que da lugar al nombramiento de los funcionarios interinos.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo entiende que la causa que determina el cese del funcionario interino, para este supuesto de nombramiento, se produce “cuando el funcionario de carrera se reincorpore de manera efectiva o bien, si éste pierde el derecho a la reserva del puesto de trabajo y ese puesto queda vacante, cuando se incorpore otro funcionario de carrera por un sistema legalmente previsto”.

Interpretación que supone que el cese funcionario interino nombrado por sustitución de un funcionario de carrera con reserva de plaza o puesto solo debe producirse:

- 1) Con ocasión de la ocupación efectiva de la plaza o puesto por el funcionario de carrera sustituido.
- 2) Por otro funcionario de carrera para el caso de que el titular inicial pierda el derecho a la reserva del puesto de trabajo y se realice una convocatoria al efecto.

Esta forma de entender la previsión efectuada en el artículo 10 b) del TREBEP supone que la relación de sustitución lo es con el titular del puesto de trabajo en el que funcionario interino realiza la sustitución y para la que es nombrado, por lo que, únicamente, la solicitud de retorno del titular de ese puesto o, si ese funcionario de carrera, pierde esa condición (que, en cuanto a titular de esa plaza le unía con la misma), el funcionario público al que, después, se le atribuya la condición de titular de esa plaza (una vez ha quedado vacante) pueden ocasionar el cese del funcionario interino.

Lo que significa que el funcionario interino, con su nombramiento, queda unido a plaza y solo el retorno efectivo de funcionario de carrera que ostente la condición de titular de esa plaza puede ocasionar el cese del funcionario interino que, de forma temporal, ha sido nombrado para ocuparla.

Y lo que también supone, en sentido contrario, que el resto de supuestos, los que no cumplan con esa condición, no permiten el cese del funcionario interino.

De manera que el nombramiento de otro funcionario de carrera distinto del quien reúna la condición de titular de esa concreta plaza no constituye título habilitante para el cese del funcionario interino, incluso cuando la persona con la que se pretende reemplazar a esa funcionario interino sea un funcionario de carrera del cuerpo o escala al que corresponde el puesto que está ocupando y desempeñando ese funcionario interino.

3. Justificación de la doctrina del Tribunal Supremo

La posición mantenida por el Tribunal Supremo se apoya en la propia doctrina del Tribunal Supremo (con referencia a la [Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017, recurso de casación 2996/2016⁴](#)) que, a su vez, se asienta en la establecida por el Tribunal Constitucional en cuanto a que “el nombramiento como funcionario interino confiere al nombrado unos derechos de los que no puede ser privado sino por las causas legalmente establecidas y no por causas no previstas al efecto” ([Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2001, de 29 de enero, F. 6](#)).

Entiende el Tribunal Constitucional que “el nombramiento como funcionario interino confiere al nombrado unos derechos de los que no puede ser privado sino por las cau-

sas legalmente establecidas y no por causas no previstas al efecto” por lo que el cese del funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas.

En lo que aquí interesa añade, además, el Tribunal Constitucional, que “la resolución del vínculo no supone, en modo alguno, una absoluta y libérrima facultad de cese, sino que, antes al contrario, tal facultad es sólo parcialmente discrecional, ya que aquélla sólo puede dictar dicha resolución median-do las causas que reglan su posible actuación es este terreno, debiendo, asimismo, comunicar la revocación indicando los motivos de ella” lo que determina que “resulta claro, pues, que los motivos que justifiquen el acto administrativo de cese deberán resultar subsumibles en alguna de las causas de cese normativamente previstas; derecho éste que emana del propio acto de nombramiento”.

Y, en idéntica dirección, se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de septiembre de 2019⁵) al fijar como doctrina que “el artículo 9.4 del Estatuto Marco⁶ no autoriza a la Administración a cesar al personal estatutario sustituto cuando no se ha reincorporado el titular del puesto de trabajo ni ha perdido el derecho a hacerlo”.

De ahí que la conclusión que, para el caso concreto, alcanza el Tribunal Supremo se la d que:

No cabe ninguna duda de que en el caso concreto resuelto en la sentencia recurrida en casación la funcionaria interina fue nombrada para cubrir transitoriamente una plaza o puesto de trabajo que estaba ocupada definitivamente por un funcionario de carrera que se encontraba en situación administrativa de servicios especiales y con reserva de plaza o puesto, y para atender las necesidades urgentes de la administración.

Por ello, su cese no pudo acordarse con motivo de ser designado para la plaza o puesto a una funcionaria de carrera procedente de un reingreso al servicio activo pues no se acreditó que el funcionario de carrera con derecho a la reserva la hubiese perdido por alguna circunstancia. En todo caso, el reingreso al servicio activo requiere la existencia de plaza o puesto vacante y dotada presuntamente, circunstancia que no concurría.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA FALSA SENCILLEZ DE LA CUESTIÓN

En el fondo de la cuestión analizada se suscita un debate cuya complejidad radica en el enfrentamiento de dos posiciones que se asientan en argumentaciones sencillas.

De un lado (posición triunfante) que los funcionarios interinos, en tanto funcionarios, han de ser cesados conforme al sistema establecido para ello en el Estatuto Básico del Empleado Público, en cuanto norma en la que se establecen las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Y el artículo 10.1 b) del TREBEP utiliza los términos que utiliza y se refiere, en cuanto a la sustitución, al *titular* del puesto y no a las *funciones* de aquél. Y, siendo así, únicamente el retorno de ese titular, ya sea el funcionario de carrera que lo era al momento de la sustitución (del nombramiento del funcionario interino) y lo sigue siendo, al pedir su vuelta a ese puesto, ya lo sea un funcionario de carrera distinto al que fue sustituido, porque ha accedido, por los procedimientos establecidos para ello, a la condición de titular de esa plaza, lo que cumple con la previsión legal que permite el cese del funcionario nombrado como interino.

De otro (y como posición derrotada) se encuentra el planteamiento que considera como causa suficiente (y eficiente) el que el cese del funcionario interino se pueda producir por el nombramiento para ese puesto de un funcionario de carrera (sea o no titular de la plaza ocupada por ese funcionario interino). Posición que se sustenta en el mejor derecho (en la preferencia para desempeñar el puesto) de quien es funcionario de carrera frente a quien no reúnen tal condición, y que a su vez se apoya en la integración de la causa de nombramiento, prevista en el artículo 10.1 b) del TREBEP con la establecida en el apartado anterior, artículo 10.1 a) del mismo texto legal, y que considera, como causa para el nombramiento de los funcionarios interinos "la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera", eso sí, en sentido contrario. Si cuando se nombró al funcionario interino lo fue porque no había posibilidad de cubrir esa plaza con funcionarios de carrera y, posteriormente, sí resulta posible, debiera cesarse al funcionario interino al haber cesado la causa que dio lugar a su nombramiento.

Y en medio este planteamiento, en el que se confrontan dos concepciones sencillas, se encuentra un concepto, encubierto, al que no se ha hecho referencia de una manera expresa, como es la inamovilidad en el ejercicio de las funciones públicas y cómo ha de entenderse en cada caso. No es lo mismo, ni puede entenderse de la misma manera, la inamovilidad de las diferentes situaciones, no es lo mismo la forma en la que se ocupa un puesto, si lo es por concurso o si lo es por libre designación. Como tampoco lo es en función de la diversa naturaleza de la relación de servicio. Es el caso del cese de los Jueces sustitutos y el análisis que, de esta cuestión, se ha realizado por el propio Tribunal Supremo en cuanto a la *inamovilidad* de este tipo de sustituciones temporales y el cese en el llamamiento de un Juez sustituto⁷.

Por ello se debe concurrir que siendo absolutamente defendible la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en el sentido de defender una interpretación estricta de la causa de cese de los funcionarios interinos en los casos de "sustitución transitoria de los titulares" lo cierto es que la posición más correcta sería establecer la preferencia sobre el nombrado como funcionario interino de quien reúne la condición de funcionario de carrera, si bien, en los términos en los que se encuentra redactado el artículo 10 del vigente TREBEP ello requiere de un cambio que puede ser normativo o de procedimiento.

En el primer caso sería necesario modificar a actual redacción de los términos del artículo 10.1b) del TREBEP, estableciendo en la norma esa preferencia del funcionario de carrera, sin necesidad de ser el titular, sobre el interino que ha sido nombrado para ese puesto, lo que requiere de la eliminación del término "titulares" de ese precepto.

En el segundo caso nos encontraríamos ante nombramientos que, de manera expresa, recogieran esa posibilidad de cese.

Y teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo y la interpretación efectuada por el tribunal Constitucional sobre la que se sustenta, parece que la única forma en la que resulta posible reconocer la preferencia de los funcionarios de carrera que no son titulares de ese concreto puesto sobre quien ha sido nombrado para ocuparlo como funcionario interino pasa por la modificación del TREBEP o, en su defecto, por un preciso desarrollo reglamentario del mismo.

[1] En este sentido, los Tribunales han venido estableciendo que "al funcionario público interino cabe considerarlo como un funcionario público; esto es, está incluido en el concepto genérico de personal público, más concretamente como personal de la Administración Pública (en este caso de la Administración

de Justicia), incorporado a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por Derecho Administrativo (art. 1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero)” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de julio de 1999, recurso 1270/1997).

[2] Y es que, por mucho que el artículo 10.2 del TRE-BEP disponga que “la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”, lo cierto es que esa agilidad que se precisa resulta imposible de conjugar, por definición y en sus propios términos, con el sistema que, de forma ordinaria, se utiliza para la selección del funcionario de carrera que resulta sustituido por el funcionario interino”.

[3] Términos, como decimos, comunes y que han sido empleados de forma tradicional, como antesala para convertir en lo *extraordinario* en común y ordinario. Es el caso de la *extraordinaria y urgente necesidad* como causa para que el Gobierno dicte disposiciones legislativas (artículo 91 de la Constitución), de la *urgente e inaplazable necesidad* del artículo 49.1 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, para la provisión de puestos de trabajo con carácter provisional en comisión de servicios, de la *estricta y urgente necesidad* del artículo 52.4 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, para que la Autoridad Sanitaria estatal recabe el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de la *urgente necesidad* de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 22/2001, de 28 de julio, de Suelos Contaminados, para la convalidación de actuaciones, previsión que enlaza directamente con un clásico primigenio como es la *urgente ocupación* del procedimiento que, *excepcionalmente*, preveía el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa que, aunque promulgada en 1954, continua vigente entre nosotros. Lo que ha dado lugar al abuso de esta figura y a las perniciosas consecuencias que de ello se han derivado.

[4] En la se desestimaba el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Granada, de 9 de mayo de 2016, que estimaba en parte el recurso contencioso-

administrativo interpuesto por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales por la representación procesal de la entidad FSP-UGT Andalucía contra la Orden de 2 de marzo de 2015 sobre selección y nombramiento de personal funcionario interino de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, declarándose la nulidad por vulneración del artículo 25.1 de la Constitución del artículo 15, g) y del artículo 16, en el particular de que debe dejar de contemplar como causa de exclusión de la bolsa el cese por el caso de la letra g) del artículo 15, manteniendo su validez en lo demás.

[5] En la que se estima el recurso de casación interpuesto por quien había sido cesada como personal estatutario temporal de sustitución contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21 de noviembre.

[6] En este caso en relación a lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, precepto en el que, en el segundo párrafo del mencionado precepto, se establece que “Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función”.

[7] Sobre esta cuestión téngase el análisis efectuado por el Tribunal Supremo, y que paso de entender “que la única causa justificada de cese anticipado del llamamiento de un Juez sustituto es el nombramiento de un Juez titular para ocupar la plaza” (interpretación que llegó hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2016, recurso de casación 332/2014) a concluir que la doctrina jurisprudencial en materia de cese anticipado del llamamiento de Jueces sustitutos es la de que “el llamamiento puede legítimamente ser dejado sin efecto siempre que concurra alguna de las causas previstas en el correspondiente acuerdo de llamamiento; y, fuera de ese supuesto, el cese anticipado del llamamiento sólo cabe por nombramiento de Juez titular para cubrir la plaza, entendiendo por tal aquél descrito en todas las sentencias arriba mencionadas” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017, recurso de casación 4718/2016).

► **Sectores**

Ramón Terol Gómez.

Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante

CONTRATACIÓN PÚBLICA

Crónica Contratación Administrativa

Autor: Javier Vázquez Garranzo

Cargo: Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Abogado de la CAIB

SUMARIO

- I. SUSPENSIÓN GENERAL DE PLAZOS PROCESALES Y ADMINISTRATIVOS
- II. NOTA INFORMATIVA DE LA JCCP DEL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DEL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, EN RELACIÓN CON LAS LICITACIONES DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS
- III. REAL DECRETO-LLEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19
- IV. NUEVA LEY DE SECTORES EXCLUIDOS
- V. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO MENOR: REAL DECRETO-LEY 3/2020, DE 4 DE FEBRERO
- VI. DOCTRINA DEL TS SOBRE LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON MODIFICADOS
- VII. VALIDEZ DE LAS NOTIFICACIONES REALIZADAS POR CORREO ELECTRÓNICO
- VIII. SUBROGACIÓN LABORAL EN UN CONTRATO DE SERVICIOS: ARTÍCULO 44 ET
- IX. LA INCOMPATIBILIDAD PARA FORMAR PARTE DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL PERSONAL QUE HAYA PARTICIPADO EN LA REDACCIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN TÉCNICA DEL CONTRATO NO SE APLICA A LAS ENTIDADES LOCALES
- X. PROHIBICIÓN DE QUE LOS PPT CONTENGAN DECLARACIONES O CLÁUSULAS QUE DEBEN FIGURAR EN EL PCAP: NULIDAD DE LOS PLIEGOS
- XI. ADMISIBILIDAD DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN BASADOS EN LA MEJORA DE CONDICIONES LABORALES Y SALARIALES DE LA PLANTILLA QUE VA A EJECUTAR UN CONTRATO DE SERVICIOS A LAS PERSONAS
- XII. ESTUDIO DE LA CNMC SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA
- XIII. PREGUNTAS FRECUENTES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

1. SUSPENSIÓN GENERAL DE PLAZOS PROCESALES Y ADMINISTRATIVOS

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 contiene las siguientes normas de interés en materia de contratación:

“Disposición adicional segunda. Suspensión de plazos procesales.

1. Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. En el orden jurisdiccional penal la suspensión e interrupción no se aplicará a los procedimientos de habeas corpus, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a las órdenes de protección, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores. Asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables.

3. En relación con el resto de órdenes jurisdiccionales la interrupción a la que se refiere el apartado primero no será de aplicación a los siguientes supuestos:

a) El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ni a la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones judiciales previstas en el artículo 8.6 de la citada ley.

b) Los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

c) La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. d) La adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso”.

Disposición adicional tercera. Suspensión de plazos administrativos.

“1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del

presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios.

5. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los procedimientos administrativos en los ámbitos de la afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social.

6. La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos administrativos a que se hace referencia en el apartado 1 no será de aplicación a los plazos tributarios, sujetos a normativa especial, ni afectará, en particular, a los plazos para la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias”.

Puede verse el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo:

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3692-consolidado.pdf>

II. NOTA INFORMATIVA DE LA JCCP DEL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DEL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, EN RELACIÓN CON LAS LICITACIONES DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Para la JCCP, la correcta interpretación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 exige entender que, por su

mandato, se produce la suspensión automática de todos los procedimientos de las entidades del sector público desde la entrada en vigor de la norma, cualquiera que sea su naturaleza y, en consecuencia, también de los propios de la contratación pública. Los procedimientos se reanudarán cuando desaparezca la situación que origina esta suspensión, esto es, la vigencia del estado de alarma.

La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 alcanza a todas las licitaciones en curso que estén desarrollando las entidades que forman parte del sector público conforme se define éste en la Ley 39/2015, es decir, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y el sector Institucional. Estas últimas se incluyen con independencia de las previsiones del artículo 2, apartado 2, de la Ley 39/2015, referidas al alcance de la sujeción de determinadas entidades del sector público institucional a la propia Ley 39/2015.

Respecto a las excepciones, la JCCP señala lo siguiente:

“La norma recoge algunas excepciones a la automática suspensión de términos e interrupción de plazos de los procedimientos de las entidades del sector público. Con la primera de ellas se pretende garantizar la protección de los intereses y derechos de los interesados en el procedimiento. De este modo, el órgano de contratación puede acordar motivadamente la adopción de las medidas descritas en el párrafo tercero del precepto (medidas de ordenación e instrucción del procedimiento) siempre que sean “estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad.” Conforme a esta regla cabe entender que, si los derechos e intereses del licitador o de los licitadores se pudieran afectar de algún modo grave, el

órgano de contratación debería pedirles su conformidad y, una vez obtenida, continuar la tramitación ordinaria del procedimiento.

La segunda excepción se refiere al inciso final del apartado tercero de la norma, que permite no suspender “cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo”. Esto quiere decir que hay una segunda opción y es que, aunque no se afecten de modo grave los derechos e intereses de los licitadores, el órgano de contratación puede dirigirse a ellos para obtener su consentimiento para continuar el procedimiento y podrá hacerlo si lo prestan.

Existe una tercera excepción. Como la suspensión de todos los procedimientos de las entidades del sector público podría conducir a la propia paralización de aquellas actividades que son más necesarias en estos momentos, por pura congruencia con la finalidad esencial del Real Decreto 463/2020, que es el establecimiento de medidas adecuadas para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el marco del estado de alarma que declara, el órgano de contratación podrá acordar motivadamente la continuación de los procedimientos referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, esto es, de todas las licitaciones que se refieran a prestaciones dirigidas a la lucha contra el COVID-19. Cabe recordar, en este punto, que conforme al artículo 16.2 del Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia.

Finalmente, la norma contempla una última excepción. Un buen número de licitaciones de las diferentes entidades del sector público se realizan con el fin de asegurar el funcionamiento básico de los servicios que los ciudadanos necesitan. La satisfacción de las necesidades de interés público más esenciales, elemento que es connatural a los contratos públicos, permite que también en este caso pueda acordarse por el órgano de contratación, y siempre de forma motivada, la continuación de los procedimientos”.

Puede accederse al documento en:

<https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/Notas/Nota%20informativa%20RD%20estado%20de%20alarma.pdf>

III REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19

El RDley 8/2020 contiene las siguientes normas de interés en materia de contratación:

“Artículo 34. Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

1. Los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26

de febrero de 2014, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

Cuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará en suspenso, la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes:

1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas

al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 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.

Además, en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de

crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.

La suspensión de los contratos del sector público con arreglo a este artículo no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos.

2. En los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El órgano de contratación le concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del Director de obra del contrato, donde se determine que el retraso no es por causa imputable al contratista, sino que se ha producido como consecuencia del COVID-19 en los términos indicados en el párrafo anterior. En estos casos no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Adicionalmente, en los casos a que se refiere este apartado en su primer párrafo, los contratistas tendrán derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Solo se procederá a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

3. En los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria,

las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 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.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a aquellos contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra. En estos casos, el contratista podrá solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial.

Acordada la suspensión o ampliación del plazo, solo serán indemnizables los siguientes conceptos:

1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión. Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados

en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción. Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contempla en este artículo únicamente tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

– Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimien-

to de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

– Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020.

4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera

apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo.

5. Lo dispuesto en este artículo también será de aplicación a los contratos, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por entidades del sector público con sujeción a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

6. Lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo no será de aplicación en ningún caso a los siguientes contratos:

- a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
- b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.
- c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
- d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

El régimen previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como autoridad competente designada en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por

el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, para garantizar las prestaciones necesarias en orden a la protección de personas, bienes y lugares. Dichas medidas podrán implicar, entre otras, una modificación de los supuestos en los que procede la suspensión de los contratos.

Y también, la disposición final sexta, modificación del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, que establece:

«Artículo 16. Contratación.

1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de los órganos de la Administración General del Estado para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, al amparo de lo previsto en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia. En estos casos, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinará tal

circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

3. El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 se realizarán a justificar.»

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, es accesible en:

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/18/pdfs/BOE-A-2020-3824.pdf>

IV. NUEVA LEY DE SECTORES EXCLUIDOS

El Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, deroga la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En el Real Decreto-ley 3/2020, respecto a la contratación, además de la modificación del art. 118 LCSP (ver siguiente apartado) se transpone parcialmente la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales respecto de todas aquellas entidades contratantes que no sean Administración Pública, introduciendo la contratación electrónica obligatoria, fomentando

así el empleo de nuevas técnicas de contratación que con un enfoque menos ambicioso ya aparecían en la anterior regulación, entre otras cuestiones.

Tal como se expone en el preámbulo “este real decreto-ley tiene por objeto la transposición parcial a la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y dar transposición también parcial a la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El plazo de transposición de estas Directivas expiró el 18 de abril de 2016, sin que la transposición de las Directivas 2014/25/UE y 2014/23/UE se hubiera completado, a pesar de que determinadas materias reguladas en las Directivas 2014/25/UE y 2014/23/UE se habían transpuesto ya a través de determinadas modificaciones puntuales del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y, posteriormente, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En ese momento el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público y el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales contaban con toda la fase de tramitación administrativa realizada y estaban preparados para ser remitidos a las Cortes Generales para su aprobación definitiva, sin embargo, al encontrarse el Gobierno en funciones desde el 21 de diciembre de 2015 sendos proyectos de

ley no podían ser presentados a las Cortes Generales.”

Asimismo, se indica que “Tal y como se manifestaba en las anteriores Leyes, esto es, en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones y, su sucesora, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, el Derecho de la Unión Europea ha previsto para la contratación en el ámbito de los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los demás contratos públicos, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por las Leyes de Contratos del Sector Público. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública, asegurando en todo caso los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como los de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, transparencia, publicidad y libre competencia.

La Comisión Europea manifestó en su «Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública», de 27 de junio de 2011, que le parecía adecuado mantener normas en materia de contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, puesto que las autoridades nacionales seguían pudiendo influir en el comportamiento

de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión. Otra razón para seguir regulando la contratación en esos sectores era el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados Miembros de la Unión Europea de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate. La regulación de la contratación en estos sectores persigue garantizar su apertura a la competencia.

El sistema legal de contratación pública que se establece en el presente real decreto-ley y que, en comparación con su antecesora la Ley 31/2007, de 30 de octubre, es inequívocamente más ambicioso y extenso, en gran medida por imperativo de las Directivas comunitarias que transpone, completa lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a la cual se hacen diversas remisiones a lo largo del articulado, persigue aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad jurídica, y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES y todo ello, garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, libre competencia, integridad o los principios de garantía de la unidad de mercado.

Por otro lado, en estos momentos se da un significativo retraso en la transposición de las siguientes normas, la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros; la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de

diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, y la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. En relación a esta última se ha considerado conveniente su transposición parcial mediante este real decreto-ley en las materias que afectan directamente al sector asegurador.

Todas ellas son normas con un elevado componente de protección de los derechos de los clientes de servicios financieros tanto en su vertiente de tomador, asegurado, beneficiario, y partícipe de planes y fondos de pensiones, en lo que respecta a la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, y la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, como desde la perspectiva de inversor, con las mejoras del sistema de información que proporciona la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017.”

El Real Decreto-ley 3/2020 es accesible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-1651>

V. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO MENOR: REAL DECRETO-LEY 3/2020, DE 4 DE FEBRERO

Tal como se expone en el Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2020, se ha incluido la modificación del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que recogió el decaído proyecto ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 (BOC de 16 de ene-

ro de 2019), al resultar urgente y necesario por razones de seguridad jurídica solucionar los graves problemas técnicos que el actual artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, plantea al exigir, para celebrar un contrato menor, que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras que establece el artículo 118.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Literalmente, en la disposición final primera, titulada: "Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Uno", se da **nueva redacción al artículo 118** de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que queda redactado como sigue:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

2. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.

3. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

5. Lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.»

Esta nueva redacción supone:

A) Que del antiguo párrafo 3, que decía: «En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º», se elimina esta parte:

"...que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º"

Por tanto, en la actualidad, desaparecen los límites en la adjudicación de contratos

menores a un mismo contratista, sin perjuicio de que subsistan evidentemente las características definitorias de los contratos menores: cuantía y duración no superior a un año (la necesidad inherente al objeto del contrato no debe extender sus efectos a más de un año, tratándose por tanto de un gasto puntual y no recurrente).

B) En la nueva redacción se introduce el apartado 5. Dicha exclusión en cuanto a la tramitación del procedimiento del contrato menor previsto es novedosa.

Cuando se trate de contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro similar, no se estará obligado a seguir el procedimiento previsto en el art. 118 para los contratos menores. Cabe recordar que el art. 63.4 LCSP establece que: «Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores».

En definitiva, se suprime por una parte la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra de 40.000 euros en el caso de obras y de 15.000 euros en el caso de servicios y suministros; y se elimina la exigencia de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los mencionados umbrales, en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

También se da nueva redacción al **artículo 331 de la Ley 9/2017**, de 8 de noviembre, quedando redactado como sigue:

«Artículo 331. Aportación de información por las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

En el marco del principio de lealtad institucional que rige las relaciones entre las Administraciones Públicas contemplado con carácter básico en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y con la finalidad de que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado pueda cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 328 respecto a la Comisión Europea, las Comunidades Autónomas remitirán en formato electrónico al Comité de Cooperación regulado en el artículo 329, a través de sus órganos competentes y respecto de sus respectivos ámbitos territoriales, la siguiente documentación:

- a) Un informe comprensivo de todas aquellas cuestiones mencionadas en las letras b), c), d) y e) del apartado 4 del artículo 328, con una periodicidad de –al menos– cada tres años.
- b) Un informe comprensivo de las cuestiones previstas en el apartado 8 del artículo 332 con una periodicidad de –al menos– cada tres años.

La documentación remitida incluirá información referida a los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes, que durante el periodo temporal a informar hubieran tenido alojada la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto hubiera establecido la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial».

Y se da nueva redacción al **segundo párrafo del apartado 3 de la disposición final pri-**

mera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que queda redactado como sigue:

«No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: Letra a) del apartado 1 del artículo 21; letra a) del apartado 1 del artículo 22; artículo 30; la letra c) del apartado 6 del artículo 32; artículos 45 y 46.1 a 46.3; artículo 69.3; artículo 71.1.f); artículo 76; artículo 83; artículo 95; artículo 104; artículo 105; párrafo segundo del apartado 1 del artículo 107; segundo párrafo del apartado 3 y apartado 5 del artículo 116; artículo 118.4; letras a) y c) del apartado 2 del artículo 119; letra b) del artículo 120.1; apartado 1 del artículo 121; apartados 5, 6 y 7 del artículo 122; artículos 123 y 124; cuarto párrafo del apartado 4 del artículo 149; artículo 153; apartado 2 del artículo 154; artículo 191.2; artículo 192.2 y 3; artículo 193.2 a 5; artículo 194; apartados 2 y 5 del artículo 212; apartado 8 del artículo 215; artículo 228; apartados 1, 2, 5; el párrafo segundo del apartado 6, y apartados 7 y 8 del artículo 229; artículo 230; apartados 1.e) y 4 del artículo 233; artículo 234; artículo 235; artículo 236; artículo 237; artículo 238.2; artículo 240; apartado 1 del artículo 241; el apartado 4, salvo la previsión de la letra b) del primer párrafo y el segundo párrafo, y 5 del artículo 242; artículo 243; artículo 253; artículo 256; artículo 260; apartados 2 y 3 del artículo 263; artículo 266; apartado 5 del artículo 267; artículo 268; artículo 272.6; artículo 273.2; artículo 294.b); artículo 298; apartados 2 y 3 del artículo 300; artículo 302; artículo 303; artículo 304; artículo 305; apartados 2 y 3 del artículo 307; apartados 2 y 3 del artículo 313; apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 314; artículo 315; artículo 323; artículo 324; artículo 325; artículos 326 y 327; artículo 328, salvo el apartado 4; artículo 335.4; apartados 1, 2 y 7 del artículo 347; letra a) y segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 de la disposición adicional primera; el párrafo tercero, apartado 1, de la disposición adicional cuarta; disposición adi-

cional decimocuarta; disposición adicional decimonovena; disposición adicional vigésima; disposición adicional vigésima cuarta; disposición adicional vigésima novena; disposición adicional trigésima; disposición transitoria primera; disposición final séptima, y disposición final octava.

A los mismos efectos previstos en el párrafo anterior tendrán la consideración de mínimas las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 118.1 y tendrán la consideración de máximos los siguientes porcentajes, cuantías o plazos:

El porcentaje del 3 por 100 del artículo 106.2.

El porcentaje del 5 por 100 del artículo 107.1 y 2.

Las cuantías del artículo 131.4.

Los plazos de un mes establecidos en los apartados 2 y 4 del artículo 210.»

El Real Decreto-ley 3/2020 es accesible en

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-1651>

VI. DOCTRINA DEL TS SOBRE LA REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON MODIFICADOS

La STS núm. 167/2020, de 10 de febrero de 2020 (nº rec. 323/2018) establece que el cómputo del plazo a partir del cual puede hacerse la revisión y la ejecución del 20% de la obra debe determinarse de manera separada para el contrato principal y para los modificados

La cuestión sometida a interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si los requisitos para que opere la revisión de precios, establecidos en el artículo 103.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (previstos actualmente en el artículo 103.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), son aplicables a las nuevas unidades de obra resultantes de la modificación del contrato original, y, en caso afirmativo, si el cumplimiento de tales requisitos ha de venir referido al precio del contrato considerado en su totalidad (incluyendo cada una de sus modificaciones), o, por el contrario, a cada una de las unidades nuevas.

El TS tiene en cuenta ciertas circunstancias del caso concreto pues recalca que: "la pretendida revisión de precios no dimana de que hubiera habido demora en la adjudicación del contrato ni tampoco en la ejecución sino de una simple modificación. Tal revisión se ha producido mas discrepan contratante y contratista en cuanto al modo de realizarse".

Tras la cita de las normas a analizar, el TS establece la posición de la Sala del siguiente modo:

"La recurrente ha articulado su recurso mediante la alegación de diversas infracciones a normas legales y reglamentarias.

Su pretensión de aplicación de la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 13 de marzo de 1979 por la que se dictan normas sobre aplicación de la revisión de los contratos a las obras del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y a sus organismos autónomos resulta extravagante dado que la administración contratante es el Gobierno de Cantabria.

A la vista del marco factual declarado por la sentencia recurrida resulta indiscutible que la cuestión sobre la revisión de precios gira

sobre un proyecto al que se adicionaron dos modificados, uno en octubre 2007 y otro en junio 2008 en que la fórmula de revisión de precios, la nº 19, era la misma pactada en el contrato principal de noviembre de 2006.

Hemos dejado consignado que la Sala de instancia al interpretar el contrato acepta la fórmula de revisión de precios utilizada por la Administración demandada en razón de respetar lo establecido en los proyectos modificados y atender al precio fijado y la ejecución de las obras, a efectos de determinar el plazo de un año a que se refería la redacción del art. 103 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Atiende a que el M2 tuvo, desde el inicio, precio corregido, respecto de los precios del principal y el M1, fue terminado dentro del año tras su adjudicación.

Responde a la necesaria separación entre el contrato principal y los nuevos adicionales, no solo a efectos de determinar el plazo de un año en la ejecución de cada uno de ellos sino en como fueron fijados los precios en uno y otros.

Tal actuación de la Sala de instancia resulta plausible sin que por la parte recurrente se evidencie error o arbitrariedad alguna en tal conclusión máxime cuando no pone de relieve la existencia de elemento alguno que contradiga lo afirmado por el Arquitecto Inspector de la obra. En su recurso de casación insiste en la reclamación de cantidades sin expresar las bases de que parte para su obtención.

Por tal razón procede desestimar el recurso". La sentencia puede verse en:

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/9bf8b418ed210a88/20200218>

VII. VALIDEZ DE LAS NOTIFICACIONES REALIZADAS POR CORREO ELECTRÓNICO

El artículo 140.1.a).4., de la LCSP exige la designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, dirección que deberá ser «habilitada». Al exigir la LCSP que la dirección de correo electrónico esté habilitada, se cuestiona la validez del correo electrónico no habilitado como medio de notificación.]

La [STS núm. 177/220 \(Nº de Recurso: 2587/2016\), de 12-02-2020](#) analiza este supuesto:

“La recurrente afirma que la notificación por correo electrónico no fue correctamente practicada, en base al artículo 59.1 Ley 30/92 y jurisprudencia sobre dicho precepto, y que el artículo 59.2 de dicha ley no se ha practicado en el “lugar” señalado, y el “término lugar no es nada parecido a un correo electrónico”. (En el “lugar” señalado, quiere obviamente decir dirección del lugar donde se debe practicar la notificación. En el Diccionario de la Real Academia Española por “dirección” se entiende “las señas que indican dónde y a quién se envía un mensaje por correo electrónico”). Invoca igualmente el art. 41.1.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPACPA)”.

Para el TS, es válida la notificación, y lo expone señalando lo siguiente;

“La sentencia impugnada, citando los folios pertinentes del expediente administrativo, y en valoración no susceptible de casación, declara que ITDM señaló una dirección de correo electrónico como contacto, lo que es conforme al art. 146.1 de TRLCSP, transcrito al Fundamento de Derecho Quinto in fine de la cuidada sentencia recurrida de la AN. Expone que, en el procedimiento de licitación, “ya se habían realizado otras notificaciones por este medio (correo electrónico), a las

cuales no puso ni ha puesto objeción alguna” ITDM (FD Sexto). Y declara la recepción del Acuerdo a la dirección de correo electrónico señalada el 28 de enero de 2015, a las 12:17 horas. A estas afirmaciones puede añadirse que al folio 357 consta un concreto envío por correo electrónico a “DIRECCION000”, de comunicación de la AEPSAD, y contestación inmediata desde dicha dirección de correo al folio 358. Por todo ello, esta Sección y Sala concluye que la notificación del acuerdo de la AEPSAD de 23 de enero de 2015 fue correcta, (artículo 39 del Real Decreto 1671/2009, de desarrollo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos) Y practicada el 28 de enero de 2015, conforme a la cláusula 10.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, folio 18, siendo el dies a quo para recurrir potestativamente ante el TACRC el día siguiente. E interponiéndose dicho recurso por ITDM el 19 de febrero de 2015, dicha impugnación era extemporánea, pues el plazo había finalizado el 14 de febrero de 2015”.

El Acuerdo se notificó igualmente por correo postal, y se plantea el modo en que se han de computar los plazos (si teniendo en cuenta la fecha del correo electrónico o la del correo postal). El TS reconoce que la postura del Tribunal Supremo ha sido unánime en esta cuestión y afirma:

“Y si bien es cierto que en las resoluciones que cita la recurrente y en aquellas a las que se remite, ha declarado que en el supuesto de doble notificación de un acto, ha de entenderse, a los efectos del cómputo de plazo para la interposición de los pertinentes recursos, la fecha de la última notificación como el referente inicial de ese cómputo.

En otras resoluciones ha considerado que “...la conculcación del principio de seguridad jurídica carece de fundamento en que apoyarse, ya que (...) desde que recibe una notificación en forma corren los plazos para

la interposición del pertinente recurso, sin que éstos se reabran por la recepción de una segunda notificación...” (En este sentido, [STS de 12 de noviembre de 1999 –rec n° 8992/1995–](#), Autos de 20 de noviembre de 2000 –rec. 8742/1999–, [25 de enero de 2007 –rec. 4721/2006–](#) ó [13 de octubre de 2008 –rec. 1357/2007–](#)).

Además ha de tenerse en cuenta finalmente, que todas las sentencias citadas sobre este tema de la doble notificación, son anteriores al 19 de noviembre de 2009, fecha de entrada en vigor del RD 1671/2009, de 6 de noviembre, antes citado, que estableció en su artículo 36.5 lo siguiente: “Cuando, como consecuencia de la utilización de distintos medios, electrónicos o no electrónicos, se practiquen varias notificaciones de un mismo acto administrativo, se entenderán producidos todos los efectos jurídicos derivados de la notificación, incluido el inicio del plazo para la interposición de los recursos que procedan, a partir de la primera de las notificaciones correctamente practicada”. Precepto aplicable al presente caso, pues las notificaciones realizadas tuvieron lugar en el año 2015, vigente el mentado Real Decreto. Y regla para los supuestos de más de una notificación de un mismo acto, que reitera la ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 41.7: “Cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la de aquella que se hubiera producido en primer lugar”. El motivo invocado ha de ser desestimado, pues la extemporaneidad en el momento de la interposición el 19 de febrero de 2016 del recurso ante el TACRC se había producido, ya que el dies a quo desde la correcta notificación del Acuerdo por correo electrónico el 28 de enero de 2015, suponía el fin del plazo de los quince días el 14 de febrero de 2015.”

La sentencia es accesible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/OpenDocument/5e060b7ed1846453/20200217>

VIII. SUBROGACIÓN LABORAL EN UN CONTRATO DE SERVICIOS: ARTÍCULO 44 ET

El TACRC, en la en la Resolución 1355/2019, analiza si procede la subrogación en un contrato de servicios en el que la mayor parte de la prestación es la mano de obra de los trabajadores. El TACRC señala:

“1.En relación con la cuestión planteada, la de si procede o no la subrogación laboral de los trabajadores cuando no lo dispone así un convenio colectivo, por entender el órgano de contratación aplicable el artículo 44 del ET, este Tribunal, en la reciente resolución n° 1035/2019, de 23 de septiembre de 2019, se ha pronunciado, estimando el recurso, sobre una alegación similar a la presente, en los siguientes términos que se procede a reproducir:

«Para dar respuesta a la cuestión planteada hemos de partir de lo dispuesto en al artículo 130 de la LCSP, a cuyo tenor:

“1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación

de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

2. Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación. Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”.

De modo que la previsión de subrogación en el PCAP y en el PPT puede recogerse cuando así se prevea en una norma legal, en un convenio colectivo o en un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Sostiene el órgano de contratación que en el caso que nos ocupa no existe convenio sectorial aplicable, rigiéndose los trabajadores

por el TRET. La obligada subrogación contenida en los pliegos la justifica el órgano de contratación en la previsión legal contenida en el artículo 44 del TRET, en su modalidad de “sucesión de plantillas”, ya que el objeto del contrato descansa de forma esencial en la mano de obra (servicios auxiliares: azafatas, conductores)”.

Tras la cita del artículo 44 ET concluye afirmando el TACRC que “A la vista de tal precepto este Tribunal no aprecia que concurra con la ejecución del contrato objeto de licitación sucesión de empresas, en tanto que, por un lado, el órgano administrativo ni siquiera manifiesta que vaya a acontecer con ocasión de la celebración del nuevo contrato una transmisión de un conjunto de medios organizados; y por otro, tal circunstancia no se desprende del contenido de los pliegos.”

Posteriormente el TACRC examina si por el hecho de encontrarnos ante un contrato de servicios en el que la mayor parte de la prestación es la mano de obra, haya de acontecer, por aplicación directa del artículo 44 del TRET una «sucesión de plantillas» que imponga la necesidad, en aplicación del tal precepto, de fijar una subrogación de origen legal en los pliegos, y trae a colación la reciente doctrina del propio Tribunal expuesta en la resolución nº 910/2018, en la que se anula la cláusula de subrogación del personal recogida en los pliegos sobre la base de una Instrucción de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas de Castilla la Mancha, que establecía el deber de recoger en los Pliegos la subrogación.

Al respecto, recuerda que “el Tribunal Supremo tiene sentada doctrina conforme a la que cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional, destacando además tal doctri-

na (que se ha visto corregida recientemente sólo en el siguiente particular tal y como veremos a continuación), que era el propio convenio el que debía configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resultase encuadrable en el art. 44 TRET. Valga por todas, la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 31 de mayo de 2017 \(R.º 234/2016\)](#) en la que se manifiesta que : «en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera –por ese solo hecho– la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET, sino que la subrogación se producirá –o no– de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida, habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información socio laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente».

Sin embargo, como el propio TACRC señala, la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente expuesta ha sido recientemente rectificada, como consecuencia de la [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018 \(C-60/17\) \(TJCE 2018, 142\)](#), Asunto Somoza Hermo e Ilunion Seguridad. Y derivada del fallo de tal [sentencia, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de septiembre de 2018](#) modifica su corriente jurisprudencial: Así, hasta ahora, el Tribu-

nal Supremo sostenía que cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional y es el propio convenio el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resulte encuadrable en el art. 44 TRET.

Con la nueva doctrina derivada de la sentencia Somoza Hermo, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), aplica gran parte de los efectos de la sucesión de las empresas previstos en el artículo 44 a los supuestos de “sucesión de contrataciones”, pero mantiene inalterado este concepto. En otras palabras, la novedad jurisprudencial radica en que en aquellos casos en los que la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo comporte una sucesión de plantilla, deberán aplicarse las obligaciones establecidas en el artículo 44 del TRET para los supuestos de sucesión de empresas, lo que comportará obligaciones adicionales, básicamente económicas, para el nuevo contratista.

Y afirma entonces que “Por ello, los Pliegos no pueden imponer la subrogación, pues la misma quedará condicionada a lo que establezca el correspondiente convenio colectivo aplicable a cada uno de los trabajadores que actualmente trabajan para la empresa que presta el servicio que es objeto de licitación, por lo que deberá estimarse el recurso en este aspecto debiendo, en su caso, matizarse el contenido de las cláusulas cuestionadas subordinando la eventual subrogación a lo que disponga el Convenio aplicable”.

La Resolución es accesible en:

[https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%201198-2019%20CAN%2051-2019%20\(Res%201355\)%2025-11-2019.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%201198-2019%20CAN%2051-2019%20(Res%201355)%2025-11-2019.pdf)

IX. LA INCOMPATIBILIDAD PARA FORMAR PARTE DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL PERSONAL QUE HAYA PARTICIPADO EN LA REDACCIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN TÉCNICA DEL CONTRATO NO SE APLICA A LAS ENTIDADES LOCALES

La redacción de los preceptos de la LCSP que se refieren a la composición de las mesas de contratación de las entidades locales (artículo 326 y la Disposición Adicional segunda) ha planteado dudas en relación a si la incompatibilidad para formar parte de la mesa de contratación del personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica del contrato se aplica a las entidades locales.

El TACRC, en la Resolución 1403/2019, de 2 de diciembre de 2019, afirma que "Pues bien, el artículo 326.5.III LCSP señala que «en ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda». Y la DA 2.ª.7.III LCSP añade que «en ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente». En relación con estos aspectos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en la resolución citada

anteriormente, señala que «se observa con claridad que la ley omite expresamente de esta prohibición a los cargos electos, que pueden formar parte de las mesas de contratación en una determinada proporción, y que no se incluye en la norma limitación alguna derivada de la redacción de la documentación técnica del contrato, por lo cabe concluir que no existe una prohibición expresa para que los cargos electos emitan informes de valoración de las proposiciones». Y en relación específicamente al alcance de la previsión del artículo 326 LCSP, precisa que «la excepción contenida en el artículo 326 salva expresamente, y en términos generales, la especialidad de la DA 2ª. Señala que "Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda". La DA 2ª no menciona esta limitación en el caso de la mesa, aunque sí lo hace para el comité de expertos. Por tanto, cabe colegir que el legislador, consciente de la diferencia entre la regulación general y la aplicable específicamente a las entidades locales, ha manifestado ser esta su voluntad, de modo que la redacción de los pliegos técnicos no opera como una limitación a la composición de la mesa en el caso de los municipios. Por el contrario, sí existe una prohibición concreta en el caso del comité de expertos» (apartado 12). Conclusión a la que se remite en el apartado 16 para el caso de si quien ha redactado el Pliego técnico puede formar parte o no de la mesa de contratación".

La Resolución es accesible en:

[https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%201206-2019%20VAL%20255-2019%20\(Res%201403\)%2002-12-2019%20CORREGIDA.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202019/Recurso%201206-2019%20VAL%20255-2019%20(Res%201403)%2002-12-2019%20CORREGIDA.pdf)

X. PROHIBICIÓN DE QUE LOS PPT CONTENGAN DECLARACIONES O CLÁUSULAS QUE DEBEN FIGURAR EN EL PCAP: NULIDAD DE LOS PLIEGOS

En el Acuerdo 141/2019, de 13 de diciembre de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la "FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA" frente al anuncio de licitación y a los pliegos que rigen el procedimiento denominado «Suministro de material necesario para la realización de técnicas analíticas automáticas para la sección de serología del Laboratorio de Microbiología del Hospital Universitario "Miguel Servet" de Zaragoza», convocado por la Gerencia del Sector Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud, tras reproducir el Fundamento de Derecho Segundo del Acuerdo 102/2019 de este Tribunal –habida cuenta de que guarda íntima y directa relación con el supuesto aquí analizado– afirma que en el presente caso se observa que –en la tramitación del expediente de contratación– concurren buena parte de los vicios que propiciaron que el mencionado Acuerdo 102/2019 revistiera sentido estimatorio. Señala el Tribunal:

"Y ello porque, en efecto, además de que las prestaciones a realizar –conforme a los pliegos que rigen la licitación– exceden de las tipificadas en el artículo 16 de la LCSP para los contratos de suministro al contemplarse no sólo la adquisición de material, sino también la cesión temporal de equipos –que incluye, a su vez, la instalación, calibración, puesta en marcha y desinstalación de los mismos–, así como su mantenimiento –en evidente contradicción, como atinadamente sostiene la actora, del PCAP que lo omite expresamente– más el añadido del sistema informático preciso para desempeñar su labor, junto con la obligación para el contratista de prestar formación al personal usuario y/o manipulador de los reactivos, vienen todas ellas a contemplarse –al igual que ocurría

en el supuesto analizado en nuestro Acuerdo 102/2019– en los apartados extractados del PPT y no dentro del PCAP, confundiendo así los ámbitos de uno y otro pliego y conculcando, por ende, lo preceptuado en los artículos 122 de la LCSP y 68 del RGLCAP.

Y no obsta tal conclusión el argumento ofrecido al respecto por el órgano de contratación sobre la mayor versatilidad del PPT, como si el principio de eficacia llegara a prevalecer sobre el de legalidad pues aquél nunca puede ir en detrimento de éste –ambos positivados al máximo nivel normativo en el artículo 103.1 de la Constitución–, precepto que impone explícitamente a la Administración que sirva al interés público, mas siempre con "objetividad" y con "sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Tales límites se establecen en garantía de la interdicción de la persecución de un fin –el interés público– apartándose de los medios o cauces legales; así, la objetividad en la actuación de la Administración en pro de ese interés sólo cabe materializarse dentro de la legalidad; es decir, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que, para el presente caso y a diferencia de lo acontecido en el procedimiento de contratación aquí estudiado, establecen la obligación de separar y deslindar las cuestiones que han de regularse en cada uno de los pliegos que rigen la licitación, así como la correcta configuración del objeto contractual.

Y, por otra parte, en cuanto a la alteración del régimen económico del contrato invocada además por la actora, pese a que no haya quedado acreditado el incumplimiento del artículo 100.2 de la LCSP a resultas de la modificación operada sobre el PCAP, sí resulta claro y evidente que la actuación del órgano de contratación no se ha ajustado a lo preceptuado en el artículo 102.3 de dicha norma legal, precepto cuya vulneración postula asimismo aquélla, por cuanto que, una vez revisado el expediente de contra-

tación, no se encuentra –al igual que en el supuesto analizado en el meritado Acuerdo 102/2019– soporte alguno a lo largo del mismo que determine que los precios fijados en los pliegos impugnados hayan sido correctamente estimados, de cara al efectivo cumplimiento del contrato y con arreglo al precio general de mercado, y ello a pesar de que en el informe al recurso viene a aludirse –por el órgano de contratación– a "estudios de mercado" que «incluyen todos los costes asociados a la utilización del reactivo», pero que no obran –cabe insistir– en ninguna parte del citado expediente remitido a este Tribunal.

A resultas de lo anterior, y –precisamente– a raíz de ignorarse el modo en que los precios unitarios del contrato han sido determinados, así como su cuantificación, lo que supone que los costes de cesión de los equipos –entre otros– sean desconocidos, ello conduce a este Tribunal a concluir que no resulta de aplicación al presente caso el supuesto analizado por el TACRC en su Resolución 84/2019, invocada por el órgano de contratación, en el que –por cierto– no concurrían los vicios sí apreciados aquí; en cambio, sí es aplicable la doctrina sentada al respecto en los Acuerdos 18/2019, 102/2019 y 103/2019 de este Tribunal, invocados por la actora, así como en la Resolución 271/2018, de 28 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la Resolución 86/2019, de 6 de mayo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y en la Resolución 65/2019, de 30 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

En consecuencia, procede acoger el presente motivo así como ordenar la anulación de las cláusulas y prescripciones impugnadas y, con ello, de los propios pliegos objeto del presente recurso y del mismo procedimiento

de contratación junto con la retroacción de actuaciones para que, en caso de que el órgano de contratación estime oportuno convocar nueva licitación, pueda proceder a la aprobación de nuevos pliegos y a la apertura de nuevo plazo al objeto de que los licitadores presenten sus proposiciones.

El acuerdo puede verse en:

<http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/ACTA/BRSCGI?CMD=VEROBJ&MLKOB=1100568011212>

<https://www.acobur.es/recursos-especiales/detalle/resolucion-n-1412019-del-tribunal-administrativo-de-contratos-publicos-de-aragon-de-13-de-diciembre-de-2019/23035>

XI. ADMISIBILIDAD DE CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN BASADOS EN LA MEJORA DE CONDICIONES LABORALES Y SALARIALES DE LA PLANTILLA QUE VA A EJECUTAR UN CONTRATO DE SERVICIOS A LAS PERSONAS

La Resolución 359/2019 Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público analiza la admisibilidad como criterio de adjudicación de los criterios sociales, en especial de los criterios basados en la mejora de condiciones laborales y salariales de la plantilla que va a ejecutar el contrato

Tras analizar las previsiones de la normativa de contratación pública (art. 145 LCSP; considerandos 89; 90; 92; 97 y 98 de la Directiva 2014/24/UE; artículos 67 y 76 de la Directiva 2014/24/UE) y la doctrina y jurisprudencia aplicables advierte que "la compleja configuración del artículo 145 de la LCSP hace que el terreno de juego siga siendo poco favorable a las respuestas uní-

vocas. Ciertamente, la disparidad de posiciones sobre la cuestión dista de ser superada porque, una vez ha sido admitida, con carácter general, la posibilidad de establecer criterios de adjudicación que incorporen mejoras sociales siempre y cuando dichas mejoras guarden relación con el objeto del contrato y resulten proporcionales, la diferencia interpretativa radica todavía, mayoritariamente, en la apreciación o no de la vinculación del criterio de adjudicación referido a una mejora social en relación con el objeto del contrato, y eso en los términos establecidos por la Directiva 2014/24/UE (en este sentido, las resoluciones 318/2019 y 112/2019 del Tribunal)."

De hecho, expone la controversia del siguiente modo: "Y el TACRC no admite que las mejoras salariales impliquen también un aumento del nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución (se trataba de un servicio de salvamento, vigilancia, socorrismo, seguridad y atención personalizada en el baño asistido en las playas) ni el valor económico de la oferta, que es lo que exige la Directiva 2014/24/UE para la cual un criterio de adjudicación resulte admisible. Adicionalmente, pone de relieve la eventual desigualdad en la aplicación del criterio cuando una empresa ya esté retribuyendo por encima del umbral mínimo establecido por el convenio.

Esta misma línea doctrinal han seguido otros tribunales de recursos, como ahora, expresada en las resoluciones 150/2019 del TAR-CJA y 4/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Parlamento de Andalucía.

De lo contrario, en la línea seguida, esencialmente, por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otros, en sus resoluciones 130/2019, 108/2019, 81/2019, 308/2018, 291/2018 y 33/2018, otra perspectiva pue-

de resultar posible si se admite que el rendimiento de las ofertas no tiene que estar referido exclusivamente al concepto técnico y económico de aquellas en su noción tradicional, sino que puede referirse a factores sociales implicados en los procesos de producción, prestación o comercialización del objeto del contrato. Y está en este resquicio interpretativo donde, exclusivamente en función de la justificación esgrimida por el órgano de contratación en cada caso concreto, podría llegar a apreciarse una vinculación lo bastante determinante entre el criterio de adjudicación y el objeto del contrato en el sentido indicado por el artículo 145 de la LCSP debidamente interpretado de acuerdo con la Directiva 2014/24/UE.

Es igualmente cierto que, en relación con esta posición, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha establecido en una reiterada doctrina (en este sentido, entre otros, las sentencias 181/2019, 136/2018 y 220/2017), en esencia, que el texto comunitario de referencia –la Directiva 2014/24/UE– no incluye ninguna mención a una mejora social como la controvertida y porque se considera una medida susceptible de crear desigualdades y distorsiones entre los licitadores con efecto discriminatorio, ya que:

- 1) los costes laborales en estos tipos de contratos son, de hecho, la parte esencial del precio, de forma que beneficia en las empresas con una mayor capacidad de financiación –propia o ajena– lo cual no está vinculado al objeto del contrato ni reporta beneficio para el servicio;
- 2) la proporcionalidad del porcentaje del criterio;
- 3) la ventaja para las empresas que mejoran los salarios, lo cual repercute en el coste para la Administración, pero sin que el servicio se vea beneficiado;

4) puede resultar discriminatorio para aquellas empresas que hayan utilizado la facultad de descolgarse del convenio sectorial de aplicación, con vulneración del sistema de fuentes que rige la relación laboral, en la medida en que el contrato administrativo se convierte en una fuente de creación de obligaciones y derechos de las relaciones laborales, fuera de las previsiones del artículo 3 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores.

Adicionalmente en todo eso, también sigue planteada la cuestión en relación con el impacto económico directo de este criterio en las ofertas a presentar por las empresas licitadoras –lo cual puede contravenir la determinación de la oferta económicamente más ventajosa– y, a mayor abundamiento, en los casos en los cuales puede operar la subrogación del personal adscrito a la ejecución del contrato, el impacto progresivo de esta medida en la consolidación del gasto asociada a la prestación del servicio, con la consiguiente contravención de aquello exigido, en particular, en el artículo 7 de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LOEPSF), que, en desarrollo del principio de eficiencia en la asignación y la utilización de los recursos públicos, indica, entre otras determinaciones que los contratos y cualquier otra actuación, que afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros “tienen que valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

Y el Tribunal concluye señalando que “entiende que el artículo 145 de la LCSP permite, en los términos anteriormente expuestos, el establecimiento de criterios sociales que tengan como objetivo, entre otros, la

mejora de las condiciones salariales, si bien hay que rechazar la generalización de que, en todo caso, mejores condiciones laborales y/o salariales implican una mejor calidad o un mejor rendimiento en la prestación de los servicios, incluso cuando estos se estructuran en torno a la prestación de mano de obra. En otras palabras, esta finalidad queda limitada, en todo caso, por la apreciación, en cada caso específico, de la necesaria vinculación con el objeto del contrato, cuando menos, en términos de calidad o de rendimiento de las prestaciones, tal como se indica en la Directiva 2014/24/UE. De hecho, se tiene que efectuar un análisis de cada caso sobre la base de los elementos que en la memoria justificativa correspondiente indique y motive razonablemente el órgano de contratación.

En conclusión, y en general, resulta ahora factible, bajo la vigencia del artículo 145 de la LCSP, que se valoren las mejoras de las condiciones salariales de las personas adscritas a la ejecución del contrato, siempre y cuando exista vinculación con el objeto del contrato y, además, en su caso, permita la materialización de la finalidad social de mejora de la calidad del empleo que lo fundamentaría, resultante indispensable, por lo tanto, la adecuada justificación de todos estos aspectos en el expediente de contratación (en este sentido, el Informe 6/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña”).

La resolución es accesible en:

<https://contractacio.gencat.cat/web/.content/contacte/tccsp/resolucions/resolucions-castella/resolucion-num-359-2019.pdf>

XII. ESTUDIO DE LA CNMC SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.

Este informe de 65 páginas, elaborado en el año 2019, contiene datos muy interesantes sobre la contratación pública en España. A destacar igualmente las conclusiones a las que llega el estudio (pág. 49) y las recomendaciones que realiza a los entes públicos (52), en base a aquellas.

https://www.cnmc.es/sites/default/files/2314114_6.pdf

XIII. PREGUNTAS FRECUENTES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.

https://www3.gobiernodecanarias.org/cpji/gestionconocimiento/_recursos/doc/contratacion_faqs.pdf?v=1

DERECHO SANITARIO

HASTA EL RABO, TODO ES TORO

Resolución nº 71/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid Recurso nº 35/2020.

EVEN THE TAIL, IS ALL BULL

Resolution nº 71/2020 of the Madrid Administrative Tribunal of Public Contracting Appeal nº 35/2020.

Autor: Natalia Palomar Licerias

Cargo: Abogada Derecho Publico. Broseta Abogados

Resumen: La Resolución nº 71/2020 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid viene a resolver el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de United Laboratories España S.A., y de Ribera Salud S.A., contra la Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad por la que se adjudica el contrato de *Servicio de laboratorio clínico correspondiente a la población incluida en el área de influencia de los hospitales Infanta Sofía, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Sureste, Henares y el Hospital del Tajo de la Comunidad de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios*, expediente C.A. 5/2018.

Palabras clave: Contratación, Ámbito Sanitario, Laboratorio, Baja temeraria, Reformulación de la oferta, cumplimiento del PPT, Informes Técnicos, Mesa de contratación.

Abstract: The Resolution No. 71/2020 of the Administrative Tribunal for Public Contracting of the Community of Madrid resolves the special appeal in the field of contracting filed by the representation of United Laboratories España S.A., and Ribera Salud S.A., against the Resolution of 11 December 2019, of the Deputy Regional Minister for Healthcare of the Regional Ministry of Health, awarding the contract for "Clinical laboratory service for the population included in the area of influence of the Infanta Sofía, Infanta Cristina, Infanta Leonor, Sureste, Henares and Hospital del Tajo hospitals of the Community of Madrid to be awarded by open procedure with multiple criteria", file C.A.

Keywords: Contracting, Sanitary Field, Laboratory, Reckless Discharge, Reformulation of the offer, fulfillment of the PPT, Technical Reports, Contracting Table.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES
- II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA ADUCIDA POR LA REPRESENTACIÓN DE **UR SALUD UTE** QUE LLEVA A LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL POR EL TRIBUNAL
- III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA ADUCIDA DE CONTARIO EN LA OPOSICIÓN AL RECURSO ESPECIAL: POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y POR LA REPRESENTACIÓN DE **ANALIZA UTE**
- I. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID: ESTIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL POR HABER INCURRIDO EN UNA REFORMULACIÓN DE LA OFERTA Y POR INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL **PPT**

I. ANTECEDENTES

Mediante anuncios en el DOUE y el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fechas 21 de diciembre de 2018 y 2 de enero de 2019 respectivamente, se convocó la licitación del expediente C.A. 5/2018 Servicio de laboratorio clínico central mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. Conjuntamente, con la referida convocatoria de licitación, fue puesto a disposición de los licitadores el

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, "**PCAP**"), así como el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, "**PPT**"). El valor estimado de contrato asciende a 112.848.707,10 euros.

A la licitación se presentaron tres entidades: Eurofins Megalab, Analiza, Sociedad de Diagnóstico, S.L., Cerba Internacional, S.A.E., Hospital Moncloa Grupo Hla, S.A. y Unidad de Reproducción Asistida, S.L., estas cuatro últimas licitadoras en compromi-

so de UTE (en adelante, "UTE Analiza") y UR SALUD UTE.

Previa tramitación del oportuno procedimiento, con fecha 26 de marzo de 2019 la mesa de contratación procede a la apertura de la oferta económica.

Ante la circunstancia de que la oferta de la UTE Analiza se encontraba en baja desproporcionada, se solicitó por la mesa de contratación el 5 de abril de 2019, en aplicación del procedimiento contradictorio que recoge el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante "LCSP"), la justificación de la viabilidad de la oferta.

El 11 de abril de 2019, la UTE Analiza presentó la justificación que consideró oportuna que fue trasladada a los técnicos designados para que emitiesen el correspondiente informe.

Con fecha 14 de junio de 2019 los técnicos emiten un informe considerando necesario pedir ciertas aclaraciones a la licitadora al objeto de comprobar el cumplimiento del PPT. Concretamente exponen: *Respecto a la adecuación del número de personas de la oferta en relación a los puestos establecidos en la oferta, se considera que la oferta es coherente en relación a la descripción aportada en su plan de gestión, si bien se considera insuficiente para cumplir el PPT. Solicitan detalle de cómo con 239 personas se puede atender a la distribución de puestos que manifiestan en su Plan de Gestión, incluyendo el 70% de personal dotacional en sábado, domingo y festivos de 22:00 a 8:00 que contempla el PPT en el punto 5.1.4. Solicitan información sobre el modo de cobertura de facultativos de guardia los siete días de la semana, durante todo el año, incluidos sá-*

bados, domingos y festivos. La licitadora UTE Analiza presentó documentación con la aclaración solicitada.

El 1 de octubre de 2019 la mesa de contratación se reúne de nuevo, y a la vista de que en el procedimiento se habían emitido por los técnicos tres informes sobre las aclaraciones presentadas, y no uno solo, acuerda:

Los miembros de la Mesa consideran inválidos estos tres informes recibidos, acordándose que es necesaria la presentación de un informe único que recoja la valoración correspondiente a la baja temeraria objeto de la Mesa. A este respecto, se consideró que fuera una entidad superior, de la que dependiera la Gerencia Adjunta de Ordenación, la que invalidara los documentos y no los técnicos de la misma.

A continuación, se presenta el informe técnico de viabilidad realizado por la Unidad de Contabilidad Financiera y Análisis de Costes. Dicho informe concluye que tras la revisión de toda la documentación enviada de la oferta y de todo el análisis realizado de sus estados financieros Balance de Situación y Cuenta de Pérdidas y Ganancias, reflejados y garantizados por el informe de Auditoría de Cuentas Anuales, se considera que no hay datos objetivos que permitan indicar que se trata de una baja temeraria o que implique un riesgo para la realización y calidad de la actividad objeto de la licitación. A la vista de lo anterior, los miembros de la Mesa manifiestan por unanimidad:

1º.- La pertinencia de que se presente un único informe de valoración por parte de entidad superior a los técnicos que han elaborado los tres documentos, dando por no válidos los tres presentados.

2º.- Admitir el informe técnico de viabilidad realizado por la Unidad de Contabilidad Financiera y Análisis de Costes

3º.- Por otra parte, y habiéndose recibido solicitud dirigida a la Mesa de Contratación de la licitadora UR SALUD UTE solicitando nueva vista del expediente, así como reiterando copia de parte del mismo, los miembros de la Mesa, tras revisión y deliberación de los extremos solicitados, concluyen por unanimidad facilitar copia de lo solicitado por UR SALUD UTE así como proceder a citar a dicha comercial a nueva vista del expediente.

En consecuencia, la Gerencia Asistencial de Atención Hospitalaria emite informe el 4 de octubre de 2019, en el que tras invalidar el emitido el 13 de septiembre por la Gerencia Adjunta de Ordenación e Innovación organizativa concluye que: *la empresa ALIANZA S.L. con NIF B54556436 aporta la información suficiente que avala que cumple las condiciones descritas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).*

La mesa de contratación teniendo en cuenta ese informe y el emitido por la Dirección General de Gestión Económico-Financiera y Farmacia sobre la viabilidad económica de la oferta, acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación de contrato a la UTE Analiza considerando que cumple el PPT y ha justificado la viabilidad.

Dicha propuesta fue aceptada por el órgano de contratación que adjudica el contrato mediante Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de 11 de diciembre de 2019. La resolución fue notificada el 9 de enero de 2020.

Si bien, el 29 de enero de 2020, se presentó por UR SALUD UTE recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el que se venía a solicitar la anulación del acuerdo de adjudicación por considerar que la adjudicataria ha incumplido el PPT en su oferta, que ha procedido a la modificación de la misma en el escrito de

aclaración y que ha presentado la documentación correspondiente fuera del plazo establecido. Además alega otras irregularidades, entre ellas, que no consta en el expediente el informe de valoración de los criterios cualitativos sociales y de los criterios relacionados con la calidad del bien/servicio.

El 12 de febrero de 2020 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 LCSP, en el mismo, se venía a oponer a la estimación del recurso por las razones que se analizarán a continuación como resolución del fondo del asunto. Asimismo, en fecha 24 de febrero de 2019, la UTE Analiza presenta escrito de alegaciones.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid emite la resolución que aquí se analiza, en la que viene a estimar el recurso interpuesto por UR SALUD UTE, anulando la resolución de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior para que previa exclusión de la UTE Analiza, se adjudique el contrato a la empresa que resulte mejor clasificada.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA ADUCIDA POR LA REPRESENTACIÓN DE UR SALUD UTE QUE LLEVA A LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL POR EL TRIBUNAL

Si bien la parte recurrente aduce una gran variedad de motivos jurídicos en su escrito con el fin de argumentar los motivos e irregularidades jurídicas que se habían acaecido en el presente asunto y que derivaban en la necesidad de proceder a la anulación de la adjudicación realizada hasta el momento por el órgano de contratación, vamos a pasar

a analizar los fundamentos que a juicio del Tribunal, fueron esenciales para estimar el recurso especial interpuesto. Veamos.

➤ **Cuestión principal objeto de debate: la oferta presentada por la adjudicataria debió ser excluida ya que la misma no cumplía con la obligación esencial contenida en el PPT**, que tiene como fin garantizar el correcto funcionamiento del servicio público en los centros hospitalarios.

En primer lugar y como primer motivo de recurso, se expone que: *el Órgano de contratación vino a matizar que, en lo que se refiere al horario de funcionamiento en los laboratorios periféricos, su personal técnico debe estar necesariamente presente las 24 horas del día durante todos los días del año, es decir, incluidos los sábados, domingos y festivos:*

HORARIO

Jornada general

Los servicios de laboratorio clínico a prestar por la adjudicataria deberán estar cubiertos las 24 horas del día y todos los días del año, al menos en las siguientes condiciones:

Los laboratorios periféricos funcionarán las 24 horas del día y todos los días del año, al menos, con presencia física del personal técnico.

El laboratorio central funcionará de lunes a viernes. Los sábados se deberá realizar como mínimo una jornada de 8 de la mañana a las 15 horas, con el personal técnico para los estudios microbiológicos. (...).

Así pues, sin perjuicio de su posterior desarrollo, cabe adelantar desde este momento, el que sin ápice de duda es el origen de la cuestión objeto de debate, y de la invalidez de la Resolución recurrida, toda vez que, la oferta presentada por la adjudicataria debió ser excluida ya que la misma no cumplía con dicha obligación esencial, que tiene como fin garantizar el correcto funcionamiento del servicio público en los centros hospitalarios.

En efecto, si bien los Pliegos y el resto de documentación contractual, exige la presencia física del personal técnico suficiente durante todos los días del año, y las 24 horas al día, la oferta inicialmente presentada por ANALIZA UTE no satisface el cumplimiento de dicha obligación como se expone como mayor detenimiento a continuación.

Señala la parte recurrente que en el Plan de Gestión presentado por ANALIZA UTE para la formulación de su oferta, en su pág. 7 se incluye un cuadro en el que las casillas correspondientes: *al turno de noche de los sábados, domingos y festivos, no aparecen técnicos especialistas de laboratorio (TEL) con presencia física. Se trata por tanto de un grave incumplimiento que, además, pone en grave riesgo la prestación del servicio. Pero es más, en jornada extraordinaria, esto es, sábados a partir de las 15:00 horas, domingos y festivos, el adjudicatario deberá disponer, como mínimo, del 70% de la siguiente plantilla en cada turno (...)* Pues bien, conforme a la oferta presentada por ANALIZA UTE, las presencias indicadas para los turnos de mañana y tarde (dado que en noche es cero) suman entre 3 y 6 TELs dependiendo del centro hospitalario, cifras éstas que no alcanzan el mínimo exigido del 70% de las presencias físicas requeridas. Estamos por tanto ante otro grave incumplimiento en la oferta inicial presentada por ANALIZA UTE como por nuestra parte se ha venido indicando en vía administrativa a través de numerosos escritos y sin éxito conocido.

➤ En cuanto a **la virtualidad de las aclaraciones presentadas por ANALIZA UTE en el trámite de justificación de viabilidad** de la oferta:

La recurrente argumenta que: *la citada aclaración complementaria supuso una verdadera modificación de la oferta inicialmente presentada, toda vez que siendo consciente dicha licitadora que su oferta no se adecuaba a las prescripciones de los Pliegos, esta realizó una interpretación forzada de los mismos con el fin*

de intentar acreditar lo indebido de su oferta (...) la propia licitadora vendría a reconocer que la ausencia de indicación de presencia física en horario extraordinario de turno de noche, se debía a que el cuadro elaborado a tal efecto (y al que hemos hecho referencia anteriormente) se encuentra completada en términos de distribución del personal. Así, vendría a señalar que de llevarse a cabo una distribución del personal ofertado, se cubriría dichos puestos de noche en horario extraordinarios. Nada que ver, en todo caso, con la baja temeraria.

Sin embargo, en ningún momento, los Pliegos prevén la posibilidad de que la licitadora plante haga su oferta en los términos planteados, porque si el Órgano de contratación consideró que la oferta debía precisar la presencia física por turnos fue precisamente para que dicho Órgano pudiera controlar que el servicio iba a ser ejecutado de manera correcta garantizando en todo caso una óptima prestación del mismo.

➤ **Respecto a los informes técnicos rechazados por la mesa de contratación, aun y cuando en los mismos se ponía en duda la viabilidad de la oferta, e incluso el incumplimiento en el que la misma incurría:**

La recurrente alega que tras los tres informes emitidos por los técnicos y que fueron rechazados por la Mesa: *En fecha 4 de octubre de 2019, la Gerencia Asistencial de Atención Hospitalaria dictó un único Informe técnico de valoración, por el que, en suma, viene a concluir que la información presentada por ANALIZA UTE es suficiente para avalar que la misma cumpliría con los Pliegos.*

En efecto, sin tener en cuenta los Informe técnicos emitidos, en los que se ponía en duda la viabilidad de la oferta e incluso el incumplimiento en el que la misma incurría, dicha Referencia Asistencia de Atención Hospitalaria, estimó que la oferta de ANALIZA UTE cumplía con la oferta. Los términos en los que se produce la aceptación son, esencialmente, voluntaristas:

se admite que, modificando, como ahora plantea ANALIZA UTE, las condiciones ofertadas se puede llegar a cumplir con el PPT.

Se trata de una afirmación que nadie duda. Cualquier oferta, debidamente modificada, puede adaptarse a los requerimientos. Lo que ocurre es que en materia de contratos la oferta opera como una foto fija respecto del procedimiento en el que inserta, es vinculante y no es modificable porque si esto fuera así el conjunto de la contratación administrativa se volvería aleatoria porque de nada serviría la oferta –como elemento de competencia– si es modificable.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA ADUCIDA DE CONTARIO EN LA OPOSICIÓN AL RECURSO ESPECIAL: POR EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y POR LA REPRESENTACIÓN DE ANALIZA UTE

El órgano de contratación en su informe solicitado por el Tribunal de Contratación expone pormenorizadamente todas las actuaciones llevadas a cabo y que constan en el expediente, viniendo a considerar que la petición de aclaración fue correcta y citando diversas Resoluciones a efecto. Además señala que en este asunto rige el principio de discrecionalidad técnica por lo que solo cabe un control sobre los elementos reglados o sobre la existencia de error manifiesto, cita numerosas sentencias sobre este asunto.

Finalmente alega que la mesa de contratación actuó correctamente de acuerdo con las competencias que tiene atribuidas al elevar la propuesta de adjudicación. Por todo ello solicita la desestimación de recurso y la imposición de multa al recurrente por temeridad en la interposición del recurso.

Por su parte, la adjudicataria en trámite de alegaciones argumenta respecto de las di-

versas cuestiones planteadas del siguiente modo:

– Sobre la posibilidad de pedir aclaraciones a la justificación de la viabilidad de la oferta.

La adjudicataria considera que el artículo 149.4 y el 176.1 de la LCSP permiten la petición y presentación de precisiones o aclaraciones de la oferta, *sin que el PCAP, ni la LCSP, elimine la posibilidad de que la mesa de contratación pueda solicitar aclaraciones al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, como pretende la recurrente.*

– Sobre la posible modificación de su oferta.

Señala al efecto que: *no es cierto que ANALIZA UTE haya modificado su oferta: nuestra oferta contemplaba 239 trabajadores, antes y después de la justificación de su viabilidad, sin que se haya realizado modificación alguna en ninguno de los documentos de su oferta.*

– Sobre la discrecionalidad técnica de la Administración.

ANALIZA UTE vienen a entender que: *la decisión de considerar si la oferta puede o no ser cumplida con el personal ofertado por los licitadores en un procedimiento de contratación corresponde al órgano de contratación, tras analizar la justificación ofrecida por el licitador y los informes técnicos elaborados al respecto, suponiendo esa decisión un juicio técnico que forma parte del ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración, cuyo control está limitado por los Tribunales.*

– Sobre el cumplimiento del PPT.

Siendo este el punto clave del presente asunto, la adjudicataria considera que: *En el escrito de aclaración de la oferta, presentado en fecha 20 de junio de 2019 (DOCUMENTO*

5), explicábamos cuáles eran las exigencias del pliego en cuanto al personal necesario para la prestación del servicio, matizadas por el órgano de contratación en el documento de preguntas y respuestas publicado en fecha 14 de febrero de 2019 (se aporta como DOCUMENTO 8); cómo se calculó el número de personas necesarias para la prestación del servicio a partir de las presencias exigidas en el pliego; y cómo distribuyó ANALIZA UTE dichas personas. Explicando que no es lo mismo "persona" que "presencia" (una misma persona cumplirá un determinado número de presencias) y que la oferta presentada se refería a personas y no presencias.

Continua alegando sobre este extremos que: *ANALIZA UTE se comprometió, en su oferta a mantener el 98,76% del total del personal de la anterior adjudicataria (la recurrente), (como se acredita con la declaración responsable relativa a dicho compromiso que se aporta como DOCUMENTO 9), que supone el 100% del personal asistencial y que, siendo que la propia Administración aclaró que se debe ejecutar el mismo servicio y los mismos horarios que en el contrato anterior (aclaración efectuada en el documento de Preguntas y Respuestas publicado en fecha 14 de febrero de 2019 y aportado como DOCUMENTO 8), ello garantiza que el personal aportado es suficiente y adecuado para dar cumplimiento al pliego. También se hacía referencia a que ANALIZA UTE suscribió en su oferta el pertinente compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales que se acompañaba como Anexo VIII del PCAP (se aporta como DOCUMENTO 10). Dicho compromiso se contiene también en el plan de gestión.*

Finalmente expone que: *la información que contenían los pliegos, relativa al personal que estaba prestando el servicio, fue ampliándose y variando como consecuencia de las preguntas formuladas por los licitadores, recibándose información hasta 48 horas antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas. Esto es, el 18 de febrero de 2019, se publicaba infor-*

mación complementaria con datos económicos desagregados de los profesionales del Laboratorio Central aportados por la Empresa adjudicataria del contrato de concesión.

El mismo día que vencía el plazo para presentar las ofertas, el 20 de febrero de 2019, a las 19:00, momento en el cual ANALIZA UTE ya había presentado su oferta, se produjo una ampliación de plazo de seis días más para presentar las ofertas. De este modo, dando respuesta a la última información recibida, ANALIZA UTE terminó de confeccionar su Plan de Gestión antes de presentar su oferta, con la intención de dar cumplimiento a los pliegos dando prioridad al mantenimiento de la plantilla y aludiendo en la planificación a personas y no a presencias.

– Sobre los diferentes Informes técnicos emitidos

Sobre uno de los aspectos esenciales de este asunto, en torno a la virtualidad de los informes técnicos emitidos en el procedimiento administrativo, ANALIZA UTE considera que: *es sesgada la información aportada* (por la recurrente) *respecto al informe del Gerente del Hospital Infanta Sofía (se aporta como DOCUMENTO 14) porque, en primer lugar, dicho informe no concluye la inviabilidad de la oferta de UTE ANALIZA y, en segundo lugar, la recurrente omite que dicho informe fue invalidado por el Informe Técnico de Valoración de la Gerencia de Atención Hospitalaria de fecha 4 de octubre de 2019 (DOCUMENTO 7), al incurrir en error (...)* Y, también, *porque omite que los otros dos informes del Comité de expertos son expresamente favorables; concretamente el Informe de la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina que indica que se aprecia que con los recursos humanos propuestos por el licitador puede dar respuesta al cumplimiento del PPT y las correcciones establecidas por el órgano de contratación y el informe de la Gerencia del Hospital Universitario del Sureste que afirma que Formalmente y con los documentos alegados no parece imposible que la propuesta*

de la empresa sea infactible de llevar a cabo. En definitiva, ha quedado acreditado de forma clara e indubitada que la oferta presentada por mi representada en lo relativo a recursos humanos es suficiente y adecuada para dar cumplimiento al PPT, y así lo ha considerado el órgano de contratación, por lo que la resolución de adjudicación es conforme a derecho.

IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID: ESTIMACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL POR HABER INCURRIDO EN UNA REFORMULACIÓN DE LA OFERTA Y POR INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL PPT

El Tribunal, antes de entrar de lleno en el fondo del asunto que aquí se dirime, recuerda inicialmente la doctrina adquirida y mantenida por este mismo Tribunal en otros casos similares, donde se ha dirimido que la apreciación de la viabilidad de las ofertas incurtidas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. EN concertó, según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación *considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto* estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

De acuerdo con ello, el Tribunal considera imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión adecuadamente y en

cumplimiento de lo dispuesto en la normativa que resulta de aplicación.

En concreto, matiza el Tribunal que la información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada, va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada. Para ello, el tribunal cita el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, "TACRC") en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que:

En aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues este tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación "resolución reforzada", como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 294/2018 de fecha 26 de septiembre (Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio; 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras). [...]

Hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede

analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado.

Pues bien, habiéndose aclarado por el Tribunal esta cuestión inicial necesaria para el entendimiento de la cuestión, continua el mismo esgrimiendo que: *en este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación.* Continuando con la argumentación, esgrime el Tribunal que los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que en este caso ha de ser "reforzada", para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

Ahora bien, en este caso, el Tribunal entiende que debe concluirse que la cuestión planteada no es la viabilidad económica de la oferta sino el cumplimiento del PPT, en cuanto a los horarios exigidos para los laboratorios periféricos, cuestión sobre la que los técnicos informantes expresaron dudas y que motivó la petición de aclaración. Aquí esta, la cuestión que a todas luces, conlleva la resolución de estimación del recurso especial. Veamos.

Como cuestión previa, el Tribunal viene a recordar que aunque el artículo 149.4 de la LCSP, no prevé la posibilidad de aclarar la

justificación de la viabilidad en el procedimiento contradictorio regulado, la Ley admite las aclaraciones de la oferta, pero en este caso no sería en virtud de lo previsto en el artículo 176 que se refiere al diálogo competitivo sino en el artículo 95, siempre y cuando la información adicional o las aclaraciones no suponga una modificación de la oferta presentada. Lo que le permite aducir que, en el supuesto que analizamos, los técnicos y la mesa actuaron correctamente solicitando aclaración de la justificación sobre el cumplimiento del PPT en los aspectos señalados.

Ahora bien, continua aduciendo el Tribunal en su resolución que en cuanto a la hipotética modificación de la oferta producida en el trámite de aclaraciones, la propia adjudicataria reconocía en su escrito de aclaración y lo reitera en las alegaciones, que el PPT establece, en la cláusula 5.1 (págs. de 5 a 8), la exigencia de recursos humanos necesarios para la prestación del servicio. Los apartados 4 y 5 de la cláusula 5.1 (págs. 6 a 8) fijan el horario y personal necesario para la prestación del servicio, así como los turnos de trabajo, horarios de atención y turnos de guardia y que estos apartados fueron corregidos por el órgano de contratación en el documento de Preguntas y Respuestas publicado en la plataforma de contratación en fecha 14 de febrero de 2019. Concretamente:

*PREGUNTA: PPT Apartado 5.1 pág. 6
Recursos humanos necesarios para la prestación del servicio.*

Se solicita aclaración al respecto del horario ordinario del laboratorio central y del horario extraordinario de los laboratorios periféricos

RESPUESTA:

En la redacción final de las págs. 6-8 se han producido errores al transcribir el texto de los borradores o documentos de partida, por lo que en relación con los horarios y presencias –y dado que se ajustan a la actividad asistencial de nuestros hospitales– vale el

horario en vigor actualmente, conforme a la estructura de los anteriores pliegos y, que adjunto:

HORARIO

Jornada general

Los servicios de laboratorio clínico a prestar por la adjudicataria deberán estar cubiertos las 24 horas del día y todos los días del año, al menos en las siguientes condiciones:

- *Los laboratorios periféricos funcionarán las 24 horas del día y todos los días del año, al menos, con presencia física del personal técnico.*

El laboratorio central funcionará de lunes a viernes. Los sábados se deberá realizar como mínimo una jornada de 8 de la mañana a las 15 horas, con el personal técnico para los estudios microbiológicos.

Jornada ordinaria de facultativos

A. Laboratorios periféricos. La jornada ordinaria abarcará, como mínimo, de 8 de la mañana a las 22 horas de lunes a viernes.

B. Laboratorio central: La jornada ordinaria abarcará, como mínimo, de 8 de la mañana a las 22 horas de lunes a viernes.

Atención Continuada de facultativos

- *De las 22 horas a las 8 horas del día siguiente se deberán establecer turnos de guardia para el conjunto de los laboratorios que al menos incluirán*

De lunes a viernes:

- *La guardia localizada de tres facultativos polivalentes todos los días del año.*
- *La guardia localizada de un hematólogo todos los días del año.*

Los sábados, domingos y festivos:

- *Se garantizará durante cada jornada, la existencia del mismo número y cualificación de recursos humanos que los establecidos en el párrafo anterior para la asistencia de 22 a 8 horas.*

- *Para Microbiología, disponer de lunes a domingos de la presencia de un Microbiólogo en el horario necesario para poder realizar tareas específicas en relación con muestras críticas, dejar avisos y notas en la Historia clínica.*

También ponía de manifiesto la adjudicataria en su aclaración que *la información que contenían los pliegos, relativa al personal que estaba prestando el servicio, fue ampliándose y variando como consecuencia de las preguntas formuladas por los licitadores, recibándose información hasta 48 horas antes de finalizar el plazo de presentación de las ofertas. Esto es, el 18 de febrero de 2019, se publicaba información complementaria con datos económicos desagregados de los profesionales del Laboratorio Central aportados por la Empresa adjudicataria del contrato de concesión.* Todo ello motivó que, según alega, el mismo día que vencía el plazo de presentación de proposiciones, 20 de febrero de 2019, se acordase una ampliación del mismo en seis días.

Continua el Tribunal aduciendo que la adjudicataria admite que en ese momento ya había presentado su oferta, *De este modo, dando respuesta a la última información recibida, ANALIZA UTE adaptó su Plan de Gestión con la intención de dar cumplimiento a los pliegos dando prioridad al mantenimiento de la plantilla y aludiendo en la planificación a personas y no a presencias.* Sin embargo concluye el Tribunal que, esta adaptación no pudo reflejarse en la oferta porque ya se había presentado, por lo que solo cabe considerar en el sentido aducido por la parte recurrente, que la empresa en su escrito de aclaraciones hace una reformulación de su oferta, intentando adaptar la estructura de personal asistencial que había previsto en el plan de gestión, a las nuevas exigencias del Pliego y de ahí que proponga una interpretación del cuadro de estructura modificando los conceptos.

En concreto, el Tribunal mantiene que es necesario destacar que estas consideraciones se han puesto de relieve en el escrito de aclaración solicitado ya que del cuadro del plan de gestión analizado por el tribunal detenidamente, no se puede deducir que la oferta hay sido planteada en esos términos. E incluso, con esa reformulación de los términos de

su oferta, dos de los técnicos informantes muestran sus dudas sobre el cumplimiento del PPT. El informe del Director Gerente del Hospital del Sureste considera que:

la Empresa sigue sin definir con precisión las presencias día/turno que "se obliga" por oferta a mantener. Y eso me gustaría se consultase al órgano de contratación/asesor que compete. Creo que hay jurisprudencia anterior en contratación en contra de ofertas del tipo "se hará lo que pide el pliego". Tampoco conozco si tras el requerimiento de justificación a la baja temeraria ya formulado se puede hacer otro. Pero sería bueno siempre, que de una vez por todas, detallara las presencias 7 x 365 x turno que formalmente oferta y no se apoye en planteamientos como "presencia/persona", "persona precisa para cubrir puesto" etc.

Por su parte, el informe de la Directora Gerente del Hospital Infanta Sofía manifiesta que:

En los pliegos, se indican las presencias diarias necesarias en horario ordinario, dejando el reparto en turnos de mañana tarde y noche a las necesidades asistenciales e indicando que para los fines de semana se debe disponer del 70% de la plantilla en cada turno.

Sin embargo, al revisar la documentación, en la oferta de Analiza, y en relación con los laboratorios periféricos aparece el total de personas y la distribución en presencias, en los turnos de noche de los sábados, domingos y festivos no hay presencias físicas de TEL. Este aspecto, en mi opinión –y como ya detectamos en su momento– es un incumplimiento ya que deja un vacío y un riesgo importante para Hospitales que tienen que atender urgencias, ingresos, banco de sangre, etc. Los laboratorios periféricos funcionarán las 24 horas del día y todos los días del año, al menos, con presencia física del personal técnico

2. Por otro lado, las presencias indicadas para los turnos de mañana y tarde (dado que en noche es cero) suman entre 3 y 6 TEL dependiendo del Hospital, cifras que no alcanzan al 70% de las presencias, necesario en fin de semana en relación con la jornada ordinaria de lunes a viernes. Adicionalmente, si bien Analiza se compromete al mantenimiento en plantilla de cerca del 99% de los trabajadores, no queda claro, que para que resulte dicho número se suman aritméticamente las presencias de días laborables con las de fines de semana, e incluso con las vacaciones.

Este Tribunal por último viene a recordar que el mismo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre las modificaciones de los Pliegos, que no sean corrección de meros errores materiales, y que se realizan en ocasiones mediante la publicación en el Portal de las correcciones o a través de las respuestas publicada, sin cumplir los requisitos que establece la LCSP. Estas actuaciones pueden motivar la anulación de los Pliegos en el caso de ser impugnados puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.1 de la LCSP, cualquier modificación sustancial conlleva la retroacción de actuaciones.

Además concluye el Tribunal que si se produce la modificación, como en este caso, cuando ya se ha agotado prácticamente el plazo de presentación de proposiciones y aunque se amplíe el mismo en aplicación lo previsto en el artículo 136.2, se va a ocasionar, sin ninguna duda, un perjuicio para los licitadores que ya habían presentado su oferta y que deberían proceder a su retirada para modificarla de acuerdo con el Pliego corregido y volverla a presentar.

Por otro lado y como señala la Resolución 27/2015, de 16 de abril, del Tribunal Ad-

ministrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, una modificación sustancial del pliego requiere siempre la apertura de un nuevo plazo de presentación de proposiciones, al menos, por el mínimo exigido en el artículo 159.2 TRLCSP.

Es decir se tiene que posibilitar que los licitadores presenten de nuevo sus ofertas. En este caso entiende el Tribunal que no ha sido así y nos encontramos con la oferta de la adjudicataria que se ha realizado en base unos requisitos que posteriormente se han modificado. Por ello, tras el estudio de la documentación del expediente, concluye que las aclaraciones presentadas suponen cuando menos una reformulación de la oferta, al objeto de acomodarla a las exigencias del Pliego y que incluso admitiendo su contenido, no se concluye fehacientemente que se cumpla lo requerido en el PPT.

En último término, el Tribunal viene a emitir su opinión respecto a la actuación llevada a cabo por la Mesa, sosteniendo que la misma, sin motivar en absoluto su decisión, viene a considerar inválidos los informes emitidos, expresión errónea por cuanto no puede invalidar los informes técnicos sino apartarse de su criterio, como hemos visto. Por lo tanto, a juicio de Tribunal hay que concluir que su actuación no fue correcta, debiendo haber motivado su decisión y en base a esas razones solicitar un nuevo informe.

En conclusión, teniendo en cuenta todo lo anterior se estima el recurso interpuesto anulando la resolución de adjudicación y retro trayendo el procedimiento al momento anterior para que previa exclusión de la UTE Analiza, se adjudique el contrato a la empresa que resulte mejor clasificada.

EL CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN DEL RÉGIMEN PUBLICITARIO EN EL ÁMBITO SANITARIO CONFORME A LA SENTENCIA NÚM. 305/2020, DE 3 MARZO, DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA TERCERA, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª

Prior administrative control as an intervention mechanism of the advertising regime for health sector, regarding the Administrative Chamber of the Supreme Court's Judgement, on the 3rd of March of 2020

Autor: Gil Manuel Perea Crespillo

Cargo: Abogado

Resumen: A través de la Sentencia objeto de estudio, el Tribunal Supremo analiza el régimen jurídico aplicable de la publicidad de los productos y servicios sanitarios, así como las técnicas y métodos para su utilización y, en concreto, en lo que se refiere a la intervención administrativa previa como mecanismo de control de la publicidad ilícita, habida cuenta de que nos encontramos en un ámbito sectorial con múltiples y sensibles intereses en juego.

Palabras clave: publicidad, autorización administrativa, productos y servicios sanitarios.

Abstract: The Supreme Court analyses the legal regime applicable to the advertising of health products and services, as well as the techniques and methods for their use. In particular, the prior administrative intervention is analysed as a control mechanism justified by the special interest in the protection of health.

Keywords: advertising, administrative authorisation, healthcare products and services

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
 1. Antecedentes de hecho
 2. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo
 3. Fallo de la Sentencia
- II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES
- III. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes de hecho

Mediante Acuerdo del día 15 de octubre de 2015, el Gobierno de Navarra desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución 236/2015, de 9 de Junio, del Presidente del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Navarra, por la que se deniega la autorización previa solicitada para la difusión de publicidad sanitaria formulada por la entidad Dentoesthetic Centro de Salud y Estética Dental, S.L. (Dentix) en relación a la campaña publicitaria *método Dentix*.

En dicha campaña participaban personas conocidas de relevancia social y se utilizaban folletos, con los siguientes textos: *La nueva forma de hacer Odontología DENTIX. Podría contártelo un caballero medieval o Manuel. Da igual quien te lo cuente, el Método Dentix convence por sí mismo. Implantología Dental desde 222 euros.* O *La nueva forma de hacer Odontología DENTIX. Podría contártelo un buzo o Marina. Da igual quien te lo cuente, el Método Dentix convence por sí mismo. Implantología Dental desde 222 euros.*

Además, el reverso de los mismos se hacía referencia al Método Dentix *Clínica propias no franquiciadas, equipo 360º: equipo integral que ofrece todos los servicios necesarios, más implantes menor precio, y tecnología vanguardista. También se hace referencia al precio de Ortodoncia y la Implantología dental* (aclarando qué son los implantes).

Sin embargo, la citada Resolución 236/2015 fue anulada en primera instancia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona en su Sentencia, de 16 de noviembre de 2016. Dicho Juzgado consideró que la campaña publicitaria no incurría en prohibición alguna, pues no se trataba de la publicidad de un producto sanitario como tal,

sino que la misma se centraba en factores empresariales y económicos pero no sanitarios. Así, se dice que *lo cierto es que no se considera que existe recomendación del producto sanitario en este caso. (...) simplemente se describe el "método dentix", (...) es decir cuestiones más bien relacionadas con el aspecto empresarial del negocio y no con el producto médico y sus resultados. Es más en ningún apartado del tríptico publicitario (...) se alude al concreto tipo de implante que se utiliza ni se hace alusión a que sea desde el punto de vista sanitario, más eficaz o de mejor resultado que otros, aspecto que es el que realmente debe evitarse por ser el que prohíbe la norma. (...). La publicidad firmada por Dentix incide en factores empresariales y económicos pero no sanitarios y por tanto no incurre en recomendación prohibida alguna. (...) En conclusión la autorización instada no debía haberse denegado y por ello la demanda ha de ser estimada.*

No obstante, la Comunidad Foral de Navarra recurrió dicha Sentencia en apelación, siendo ésta revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra mediante su Sentencia de 14 de marzo de 2017. El TSJ de Navarra consideró que no solo se trataba de un método o producto empresarial, sino que implicaba la publicidad de un producto sanitario en el ámbito odontológico: *en el presente caso, la autorización solicitada por la entidad "Dentoesthetic, Centro de Salud y Estética Dental, S.L." lo fue para la difusión de publicidad sanitaria consistente (...). Es claro y evidente que se está utilizando la imagen de dos personas famosas para publicitar, no sólo el método empleado por dicha empresa, sino también un producto sanitario; imagen que por sí sola ya constituye publicidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Foral 203/1997 ("a los efectos de la presente disposición se entiende por publicidad directa al público de productos sanitarios, toda forma de comunicación gráfica, sonora o audiovisual, efectuada en cualquier soporte, realizada por personas físicas o jurídicas dirigida a promover, directa o indirectamente, la venta o el uso de productos sanitarios").*

Frente a la meritada Sentencia dictada por el TSJ de Navarra, Dentix interpuso Recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El citado Recurso fue admitido a trámite por el Auto de 9 julio 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º del Tribunal Supremo, señalándose que las cuestiones que presentaban interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia eran las siguientes:

(i) si el artículo 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria artículo referido a las prohibiciones y limitaciones de la publicidad con pretendida finalidad sanitaria de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria, resulta extensible a los servicios de odontología;

(ii) si resulta relevante, a los efectos de ofrecer una respuesta a dicha cuestión, el hecho de que la publicidad concreta relativa a los servicios de odontología incluya también la publicidad de productos sanitarios, y si resulta irrelevante que dichos productos requieran de asistencia especializada para su implantación.

2. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

Sentando las cuestiones que presentan interés casacional, comienza la Sala analizando la regulación en materia de publicidad de los productos sanitarios.

Así, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 5, prevé que en lo que se refiere a la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios sus-

ceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas, dicha publicidad podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa.

Como consecuencia de ello, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone en su artículo 27, que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comercial para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma, con especial atención a la protección de la salud de la población más vulnerable.

Como se concreta en la Sentencia, este régimen de control y de restricción de la publicidad *no sólo se refieren a los medicamentos y productos sanitarios, sino también a las técnicas o procedimientos médicos ligados a la utilización de productos sanitarios* conforme a lo establecido en el artículo 78 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional del medicamento. En dichos ámbitos, el Tribunal Supremo concreta que debe entenderse incluido el denominado método Dentix.

Además, el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, establece en su artículo 38, relativo a la publicidad y promoción de los productos que *[E]n la publicidad de los productos dirigida al público se prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización. Se exceptúa de esta prohibición la publicidad promovida por las Administraciones públicas* Entendiéndose, como se ha venido exponiendo, que dicha prohibición no abarca únicamente a los productos sanitarios, sino también a las técni-

cas o procedimientos ligados a su utilización. No obstante, considera la Sala que no resulta de aplicación al presente supuesto la regulación contenida en el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto por el que se prohíbe, entre otros, la publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios *con pretendida finalidad sanitaria*. Y es que, [L]a lectura del citado real decreto evidencia la exclusión de la odontología, pues no resulta coherente referirse a la odontología como una actividad con "pretendida finalidad sanitaria", para encajar esa actividad en el ámbito del real decreto citado, toda vez que su finalidad sanitaria es innegable. Nos encontramos ante una de las ciencias de la salud que se refiere, según la RAE, al estudio de los dientes y del tratamiento de sus dolencias. De modo que no le falta razón al recurrente cuando señala que efectivamente su actividad es de acreditada, y no pretendida, finalidad sanitaria.

En definitiva, para el Tribunal Supremo, el conjunto normativo anterior permitiría concluir que no ha lugar al recurso de casación, porque la sentencia impugnada no incurre en las infracciones denunciadas a pesar de que no resulta de aplicación al presente caso, el citado Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto. Y es que *tal prohibición también se establece, (...) en el ya citado Real Decreto 1591/2009, en cuyo artículo 38.8, al regular la publicidad y promoción de los productos, dirigida al público, también prohíbe cualquier mención que haga referencia a una autoridad sanitaria o a recomendaciones que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar a su utilización. Teniendo en cuenta que corresponde aplicar el régimen previsto para los productos sanitarios porque ya señalamos que el artículo 78.8 de la Ley 29/2006, tras establecer diversos requisitos para la publicidad de los medicamentos y productos sanitarios destinada al público en general, señala que las Administraciones sanitarias, por razones de salud pública o seguridad de las personas, podrán li-*

mitar, condicionar o prohibir la publicidad de los medicamentos y de los productos sanitarios, añadiendo que la publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios.

Concluyendo expresamente respecto a la campaña publicitaria en cuestión que *el método a que se alude en la publicidad en cuestión, en los términos que hemos recogido en el fundamento primero al transcribir en parte la sentencia dictada en apelación, queda incluido en las denominadas técnicas del citado precepto legal, artículo 78.8, sobre todo cuando comprobamos el tenor de la publicidad realizada, por un actor y una presentadora, al referirse a la "nueva forma de hacer odontología. Lo que no sugiere, ni evoca, a una eficiente gestión de tipo empresarial, sino a la forma en que realiza o se presta el servicio sanitario propio de una de las ciencias de la salud.*

3. Fallo de la Sentencia

Tras un exhaustiva análisis del régimen publicitario en productos sanitarios y en concreto, en el ámbito de la odontología, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestima el Recurso de casación, prohibiendo, en definitiva, la publicidad del método Dentix, en cuanto producto de acreditada finalidad sanitaria, sin la obtención de la previa autorización administrativa.

II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES

La actual sociedad se caracteriza por ser una sociedad de consumo e información. Ambas, incuestionables unidas, han permitido un

desarrollo tanto de las técnicas publicitarias como de métodos cada vez más directos, con una doble finalidad: i) informar sobre las características de un determinado producto o servicio y ii) ejercer una influencia en el consumidor para que compre o consuma el mismo. Sin embargo, en este contexto y ante este afán de persuasión, han proliferado el uso de técnicas consideradas como ilícitas, conforme a la definición dada en el artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad¹.

El empleo de estos métodos resulta especialmente cuestionable cuando los mismos conllevan un perjuicio para la salud pública. Es en este ámbito cuando la actuación de los poderes públicos resulta más necesaria y obligada.

Y es que, cabe recordar ante todo, que el artículo 43 de la Constitución española reconoce como derecho de todos los ciudadanos la protección de la salud, compitiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Asimismo, el artículo 61 del texto constitucional dispone en su apartado 1 que *[L]os poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

En el marco de este derecho constitucional y, de la consiguiente obligación para los poderes públicos, se ha considerado que en determinados sectores, por su especial trascendencia de interés general, resulta necesaria la autorización administrativa previa para la publicidad y propaganda comercial, llevando a cabo un control *ex ante* de aquella publicidad que pueda tener la consideración de ilícita. Uno de ellos, como venimos señalando, es el ámbito sanitario, y en concreto, en lo que se refiere a los productos, actividades o servicios sanitarios o con pretendida finali-

dad sanitaria. En estos casos, dicho control previo resulta justificado, habida cuenta de los múltiples intereses en juego, puesto que no solo se trata de defender los derechos de los usuarios y consumidores, sino que en estos bienes y servicios subyacen la protección de un valor superior como es la salud pública. Ante estas circunstancias, los valores publicitarios de veracidad, exactitud, transparencia y competencia leal resultan determinantes cuando se proyectan sobre la publicidad sanitaria, de ahí, que la exigencia de la autorización administrativa previa prevalezca sobre la libertad de la circulación de bienes y servicios reconocidos a nivel comunitario, tal y como dispone el artículo 5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad *[L]a publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.*

Se trata en definitiva de controlar, limitar o prohibir aquella publicidad o propaganda que no se adecue a los citados criterios y que puede constituir un perjuicio para la salud, con especial atención a la protección de la salud de la población más vulnerable.

Ahora bien, como se ha expuesto en el presente análisis, el conjunto normativo regulador de la publicidad en el ámbito sanitario es amplio, constituyéndose tanto por aquellas normas que con carácter general ordenan el régimen publicitario como determinadas normas que, con carácter sectorial, imponen una serie de límites y obligaciones específi-

cas en atención a los bienes o servicios objeto de publicidad.

Es precisamente en este ámbito normativo de carácter sectorial y sanitario² donde el control administrativo se constituye como el principal mecanismo del que dispone las Administraciones Públicas para el control de la publicidad de los productos y servicios de pretendida o acreditada finalidad sanitaria, así como de las técnicas o procedimientos médicos ligados a la utilización de dichos productos o servicios. Tal control, como se motiva en la Sentencia antes analizada, *se justifica por lo delicado de la materia publicitada, (...) Así es, se somete la publicidad comercial de productos, actividades o servicios de finalidad sanitaria, a un control que garantice la observancia de los criterios de veracidad, claridad e información, esenciales en todo aquello que afecte a la salud, atendidos los perjuicios que en dicho ámbito pueden ocasionarse para las personas.*

Control éste que es atribuido tanto a las Autoridades Sanitarias como a los Colegios Profesionales, en tanto corporación de derecho público creada expreso para el control de las profesiones y actividades, y en consecuencia, para la participación, colaboración y sanción disciplinaria en el cumplimiento de la normativa deontológica o profesional.

No obstante, cabe indicar que los mecanismos de lucha contra la publicidad ilícita en el marco del ámbito sanitario no se agotan en el control administrativo *ex ante*, sino que igualmente, éste puede realizarse con forma posterior mediante diversas vías.

En primer lugar, y como hemos señalado, la Administración Pública, incluido los Colegios Profesionales, en cuanto coadyuvantes de la protección del interés público, pueden ejercer la potestad sancionadora o disciplinaria ante los supuestos de incumplimientos normativos, estatutarios o deontológicos.

En segundo lugar, en España existe además un organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria, denominada *Autocontrol* ("Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial"). Se trata de una asociación sin ánimo de lucro compuesta por anunciantes, agencias y medios de comunicación. Pues bien, en el seno del mismo, se han dictado Códigos de Conductas publicitarias y creado un órgano extrajudicial de resolución de controversias, el Jurado de Publicidad, que se encarga de resolver reclamaciones en materia publicitaria. No obstante, si bien dicha asociación presenta un alcance limitado en cuanto a la vinculación de sus dictámenes y resoluciones, éstos son cumplidos de manera voluntaria por multitud de entidades a consecuencia de su prestigio y fuerza moral.

En tercer lugar, ante la publicidad ilícita, es posible instar las acciones derivadas de la competencia desleal de las que conocerá la jurisdicción civil. Así, el artículo 6 de la citada Ley General Publicitaria dispone en su apartado primero que *[L]as acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*. Estas acciones son: i) acción declarativa de deslealtad, ii) acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura iii) acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica, iv) acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, v) acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, vi) acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente y vi) acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Por último, hemos de señalar que el artículo 282 del Código Penal dispone que *[S]erán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.* Ilícito penal que puede ser de aplicación, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se atribuyen a los productos o servicios publicitarios efectos preventivos o terapéuticos específicos, sin que hayan sido acreditados por pruebas científicas y reconocidas por las autoridades competentes. Si ellos llegara a ser perjudicial para la salud podrá constituir el delito constitutivo del artículo 363.4 del mismo texto legal.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Mediante la Sentencia analizada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo confirma la interpretación dada por la Administración en cuanto a la consideración del *método Dentix*, como un producto sanitario cuya régimen publicitario queda sujeto al control administrativo previo.

Así, en base a dicha Sentencia, se ha procedido al análisis de la regulación que con ca-

r cter y sectorial, nuestro ordenamiento jurídico otorga a las Administraciones Públicas y demás entidades del Sector Público para llevar a cabo un control *ex ante* de la publicidad en un sector de especial sensibilidad. Control éste que puede ser realizado de manera posterior, mediante el ejercicio de la potestad sancionadora o disciplinaria, así como objeto de revisión jurisdiccional a instancia de los propios particulares o entidades competidoras.

[1] Artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad: *Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. (...) b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores (...).c) La publicidad subliminal. d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.*

[2] Constituido por las normas previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional del medicamento, en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios y en el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

LA CONFORMIDAD A DERECHO DEL NUEVO RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES ENTRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE FARMACÉUTICO Y LA DISTRIBUCIÓN DE MEDICAMENTOS AL POR MAYOR: COMENTARIO A LA SENTENCIA N° 59/2020, DE 23 DE ENERO DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª, DEL TRIBUNAL SUPREMO

Legal compliance of the new incompatibilities regime between the professional practice of pharmacy and the medicines wholesale distribution: Comment of the Administrative Chamber of the Supreme Court Judgement on the 23th of January of 2020

Autor: Paula Carbonell Aparisi

Cargo: Abogada. Broseta Abogados

Resumen: A través de la Sentencia objeto de estudio, el Tribunal Supremo analiza la conformidad a Derecho del nuevo régimen de incompatibilidades establecido entre el ejercicio profesional de farmacéutico y la distribución de medicamentos al por mayor con el fin de adaptarlo al derecho comunitario.

Palabras clave: autorización, incompatibilidad, igualdad, farmacéutico, distribución de medicamentos al por mayor, conformidad a derecho.

Abstract: The Supreme Court analyses the legal compliance of the new incompatibilities regime between the professional practice of pharmacy and the medicines wholesale distribution in order to adapt it to the European Union law.

Keywords: administrative authorization, incompatibility, equality, pharmaceutical, medicine wholesale distribution, legal compliance.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
 1. Antecedentes de hecho
 2. Decisión judicial adoptada en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
 3. Referencia a la normativa y jurisprudencia infringida y a los motivos de interés casacional.
 4. Fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo.

- II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES JURÍDICAS: PRINCIPALMENTE EN LO RELACIONADO A LA CONFORMIDAD A DERECHO O NO DE LA NUEVA REDACCIÓN DADA AL ARTÍCULO 3.2 Y A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LEY 29/2006 LA CUAL CONTIENE UN NUEVO RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES ENTRE EL EJERCICIO PROFESIONAL DE FARMACÉUTICO O LA TITULARIDAD DE ALMACÉN MAYORISTA.

- III. A MODO DE CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes de hecho

Tras la nueva redacción de los artículos 3.2 y la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en lo sucesivo "Ley 29/2006") dada por la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en adelante "Ley 10/2013"), el ejercicio profesional del farmacéutico en oficina de farmacia, en establecimiento comercial detallista, en entidades o agrupaciones ganaderas o en un servicio de farmacia hospitalaria y demás estructuras asistenciales pasa a ser incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos de los laboratorios farmacéuticos y/o almacenes mayoristas.

Asimismo, los farmacéuticos señalados en el anterior párrafo que formaran parte o que pudieran entrar a formar parte de cooperativas con un mínimo de 20 cooperativistas o de sociedades mercantiles con un mínimo de 100 accionistas o socios, conformadas en ambos casos exclusivamente por los citados farmacéuticos y ya existentes a la entrada en vigor de esta disposición, podían participar en éstas hasta su disolución, siempre que la misma no conllevara un posible conflicto de intereses.

En el presente supuesto VIMIFAR, S.A (empresa recurrente), antes de la entrada en

vigor de la Ley 10/2013, era un almacén de distribución de medicamentos con autorización administrativa de Almacén Mayorista con 2 accionistas farmacéuticos titulares de oficina de farmacia. Si bien, no llegaba al mínimo de 100 accionistas que exigía la nueva redacción de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 29/2006 para poder seguir siendo sociedad mercantil con actividad de almacén mayorista y farmacéutica.

A causa de la nueva redacción de los preceptos indicados, los cuales establecían un nuevo régimen de incompatibilidades, en fecha 14 de enero de 2014 la entidad mercantil recibió un requerimiento del Jefe del Servicio de Control Farmacéutico y Productos Sanitarios, a fin de que proporcionara información sobre la forma jurídica del almacén mayorista, el número de cooperativistas, accionistas o socios, si todas las personas físicas eran o no farmacéuticos, y si se trataba de una cooperativa de menos de 20 cooperativistas o una sociedad mercantil de menos de 100 socios, declaración responsable de que ninguno de sus miembros/accionistas que eran farmacéuticos se encontraba en ejercicio profesional en oficina de farmacia, establecimiento comercial detallista o agrupación ganadera o servicio de farmacia hospitalaria u otras estructuras asistenciales y, en el que se le otorgaban 15 días para optar entre el ejercicio profesional en la oficina de farmacia o ser socio de la compañía mercantil.

Contra el referido requerimiento fue interpuesto por parte de VIMIFAR, S.A Recurso de Alzada ante la Dirección General de Ordenación y Regulación Sanitaria del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña que resolvió en fecha 31 de marzo de 2014 mediante Resolución desestimatoria.

Frente a la Resolución de 31 de marzo de 2014 de la Dirección General de Ordenación y Regulación Sanitaria del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña se in-

terpuso por parte de VIMIFAR, S.A. Recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

2. Decisión judicial adoptada en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Mediante el Recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña frente a la Resolución antes referenciada, el recurrente solicita que se revoque, se anule y se deje sin efecto tanto el requerimiento de fecha 14 de enero de 2014 como la Resolución del recurso dictada en alzada en fecha 31 de marzo de 2014.

El recurrente basa su argumentación en que la redacción del artículo 3.2 y de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/2006 cuando no permiten compatibilizar el ejercicio profesional de farmacéuticos en todas sus modalidades con los almacenes de mayoristas (i) vulnera los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos al permitir su aplicación retroactiva en estos casos (artículo 9.3 de la Constitución Española); (ii) vulnera el artículo 14 de la Constitución Española en relación a la situación de los socios, accionistas o cooperativistas de laboratorios farmacéuticos autorizados a los que se les permite mantener sus intereses económicos hasta la extinción de la autorización o transferencia del laboratorio y también respecto de la situación de los farmacéuticos que sean socios o cooperativistas de almacenes de distribución con más de 100 socios o 20 cooperativistas, a los que se les permitirá compatibilizar el negocio con su actividad en la oficina de farmacia; (iii) infringe la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española habida cuenta que el hecho de que una sociedad con menos de 100 socios habrá conflicto de

intereses es contraria a un juicio objetivo y proporcional; (iv) vulnera la libertad de establecimiento del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por su parte, el Letrado de la Generalitat plantea la inadmisión del recurso por no cumplir la recurrente con los requisitos que se exigen en el artículo 45.2 letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante "LJCA") a las personas jurídicas para interponer recursos. Y, en cuanto al fondo de la controversia, entiende que la resolución recurrida es conforme a Derecho habida cuenta que el requerimiento formulado obedece a la nueva redacción de determinados preceptos de la Ley 29/2006 dada por la Ley 10/2013 para adaptarlos al Derecho comunitario, añadiendo además que en el preámbulo de la Ley 10/2013 se explican con detalle los motivos de las modificaciones introducidas.

Y, el Abogado del Estado, en representación y defensa del Ministerio de Sanidad, alega que la resolución recurrida de 31 de marzo de 2014 sería un acto de trámite y por tanto, el recurso sería inadmisibile y en cuanto a los motivos de fondo se pronuncia en el mismo sentido que el Letrado de la Generalitat considerando la citada resolución conforme a Derecho por no vulnerar ninguno de los preceptos indicados de contrario.

A la vista de los motivos alegados por cada una de las partes y, previa desestimación de las causas de inadmisibilidad planteadas por el Letrado de la Generalitat y el Abogado del Estado, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó el Recurso contencioso-administrativo planteado por VIMIFAR, S.A. mediante [Sentencia nº 665/2016 de 15 de septiembre](#), remitiéndose a otra Sentencia de la misma Sala y Sección ([Sentencia nº 516/2016 de 20 junio del Tribunal Superior de Justicia de Cata-](#)

luña, [Recurso contencioso-administrativo nº 437/2014](#)) en la que ya había sido resuelta la *litis* planteada.

Respecto de los motivos jurídicos alegados por la Sentencia de instancia para resolver la controversia, nos referiremos en el apartado II relativo al examen y comentario de las diversas cuestiones jurídicas habida cuenta que el pronunciamiento judicial y los motivos esgrimidos en primera y segunda instancia son los mismos.

Entendiendo el recurrente VIMIFAR, S.A. que la citada Sentencia era disconforme a Derecho y perjudicial para sus intereses, interpuso el correspondiente Recurso de casación ante el Tribunal Supremo, previa presentación y admisión del escrito de preparación ante la Sala de instancia tal y como exige el artículo 89 de la LJCA.

3. Referencia a la normativa y jurisprudencia infringida y a los motivos de interés casacional

La parte recurrente sostiene en su escrito de preparación del recurso de casación la infracción de una serie de normas y jurisprudencia relevantes y determinantes del sentido del fallo.

En concreto, el recurrente considera que la Sentencia de instancia habría infringido, en primer lugar, los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, previstos en el artículo 9.3 de la Constitución Española, sin que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los haya considerado realmente.

En segundo lugar, se habría producido una vulneración del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución Española a causa del distinto trata-

miento dado a almacenes de distribución que no alcanzan el máximo de 100 socios accionistas (como el de la recurrente).

Asimismo, invoca la infracción del artículo 38 de la Constitución Española relativo a la libertad de empresa pues, considera el recurrente que las limitaciones a dicha libertad han de ser razonables y proporcionadas.

Por último, alega la infracción del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la libertad de establecimiento al impedir con este nuevo régimen de incompatibilidades que el recurrente prosiga su actividad.

En base a las infracciones anteriores, el recurrente alega la concurrencia del supuesto de interés casacional objetivo¹ para la formación de la jurisprudencia previsto en el apartado a) del artículo 88.3 de la LJCA, que dice que se presumirá que existe interés casacional objetivo: *Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.*

En particular el recurrente entiende que no existe jurisprudencia sobre la constitucionalidad y adecuación a derecho comunitario de la prohibición legal (como nuevo régimen de incompatibilidad) introducida por Ley 10/2013, mediante modificación del artículo 3.2 y Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/2006, de que los almacenes de distribución estén participados por farmacéuticos en ejercicio en la oficina de farmacia cuando afectan a situaciones preexistentes en las que los accionistas no llegan a un mínimo de 100.

Asimismo, invoca la concurrencia de los supuestos de interés casacional objetivo previstos en las letras e), d) y f) del artículo 88.2 de la LJCA.

La letra e) señala que el Tribunal podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna *Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional*. En el presente supuesto, la recurrente entiende que por parte del Tribunal de instancia se ha aplicado mal la doctrina constitucional de los artículos 9.3, 14 y 38 de la Constitución.

La letra d) hace referencia a cuando la Sentencia recurrida *Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida*, al no haberse realizado el juicio de constitucionalidad requerido ante los vicios denunciados.

Y, la letra f), que señala que podrá apreciarse el interés casacional objetivo cuando la Sentencia *Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial*. En este caso, el recurrente entiende que la Sentencia de instancia ha dejado de aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre la libertad de establecimiento.

Por todo ello, la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante Auto de 30 de mayo de 2017 admitió a trámite el recurso de Casación al apreciar la concurrencia de los motivos casacionales invocados, precisando que la cuestión planteada que revestía interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en determinar: *Si el régimen de incompatibilidades que introduce el artículo 3.2 y la Disposición transitoria segunda de la ley 29/2006, de 26 de julio (RCL 2006, 1483 y RCL 2008, 970), de*

garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios –en la redacción dada por la Ley 10/2013, de 24 de julio (RCL 2013, 1147) –, respecto de los farmacéuticos ejercientes en oficina de farmacia y en relación con los almacenes de distribución de medicamentos, (i) conculca, o no, los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizados en el artículo 9.3 CE (RCL 1978, 2836); (ii) vulnera, o no, el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 CE; (iii) se adecua, o no, al principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE; y (iv) respeta, o no, la libertad de establecimiento proclamada en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300) y la interpretación que sobre ella ha alcanzado la jurisprudencia comunitaria.

Por último, en cuanto a las normas jurídicas que debían ser objeto de interpretación, declara que las contenidas en el artículo 3.2 y en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/2006, en relación con los artículos 9.3, 14, 38 de la Constitución y el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo

Finalmente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo mediante [Sentencia nº 59/2020 de 23 de enero](#), declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de VIMIFAR, S.A frente a la [Sentencia nº 665/2016 de 15 de septiembre dictada por la Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña](#), en el Recurso contencioso-administrativo nº 440/2014, la cual adquirió firmeza.

II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES JURÍDICAS

Mediante la Sentencia analizada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sigue con la doctrina ya fijada en las [Sentencias de 19 de febrero de 2019 \(rec. 2702/2016\)](#) y de 28 de junio de 2019 (rec. 437/2014) que resolvieron unos supuestos sustancialmente similares al que concierne el presente comentario.

Pues bien, ha de partirse de la base de que el artículo 3.2 de la Ley 29/2006 en su redacción originaria regulaba bajo la rúbrica de "garantía de independencia" la incompatibilidad entre la titularidad de una oficina de farmacia y los intereses directos de los laboratorios farmacéuticos y como medida transitoria preveía que los que estuviesen en esa situación a la entrada en vigor de la ley, podían mantener la compatibilidad hasta la extinción o transferencia de la autorización del laboratorio.

Pero, a raíz de la nueva redacción introducida por la Ley 10/2013 la incompatibilidad de los titulares de oficinas de farmacia respecto de los intereses directos se amplió a los almacenes mayoristas. En concreto, el artículo 3.2 quedó redactado como sigue:

2. Asimismo el ejercicio profesional del farmacéutico en oficina de farmacia, en establecimiento comercial detallista, en entidades o agrupaciones ganaderas o en un servicio de farmacia hospitalaria y demás estructuras asistenciales será incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos de los laboratorios farmacéuticos y/o almacenes mayoristas.

De igual forma, la Disposición Transitoria segunda conservó su redacción originaria respecto de la compatibilidad en cuanto a la actividad en los laboratorios, y se introdujo un apartado segundo el que se contempla-

ba que los farmacéuticos titulares de oficina de farmacia que antes de la promulgación de la Ley 10/2013 tuviesen intereses en cooperativas constituidas con un mínimo de 20 miembros o en sociedades mercantiles con un mínimo de 100 accionistas o socios, podían mantener esos intereses hasta la extinción de autorización o disolución de la cooperativa o de la sociedad mercantil. Así, la Disposición Transitoria Segunda quedó redactada de la siguiente forma:

Sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley y en particular en su artículo 3, los farmacéuticos en ejercicio profesional con oficina de farmacia, en establecimiento comercial detallista, en entidades o agrupaciones ganaderas o en un servicio de farmacia hospitalaria y demás estructuras asistenciales, que a la entrada en vigor de esta Ley tengan intereses económicos directos en laboratorios farmacéuticos autorizados, podrán mantener esos intereses hasta la extinción de la autorización o transferencia del laboratorio.

Asimismo, los farmacéuticos relacionados en el párrafo anterior que formen parte o que puedan entrar a formar parte de cooperativas con un mínimo de 20 cooperativistas o de sociedades mercantiles con un mínimo de 100 accionistas o socios, conformadas en ambos casos exclusivamente por los citados farmacéuticos y ya existentes a la entrada en vigor de esta disposición, podrán participar en éstas hasta su disolución, siempre que la misma no conlleve un posible conflicto de intereses.

Actualmente, la Ley 29/2006 ha sido derogada por el vigente Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Si bien, se mantiene la misma redacción que en la norma derogada respecto del régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses.

En el caso que se resuelve en la Sentencia objeto del presente, el problema radica en que, tal y como ya se apuntaba en los antecedentes, VIMIFAR, S.A al ser una mercantil con menos de 100 socios, no estaba comprendida en ninguno de los supuestos en virtud de los cuales se podía continuar ejerciendo la titularidad de oficina de farmacia y de almacén y venta al por mayor, debiendo, optar, por tanto, entre alguna de las dos opciones.

Pues bien, sentado lo anterior, en cuanto a los argumentos jurídicos de fondo que han llevado al Tribunal Supremo a desestimar cada una de las infracciones normativas alegadas y, en consecuencia, el Recurso de casación interpuesto por la entidad recurrente confirmando así la doctrina jurisprudencial existente ya en la materia, pasamos a desarrollarlos a continuación:

- Los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad.

El Tribunal Supremo afirma que no existe vulneración de los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Para ello se basa en el hecho de que la concesión de toda autorización para poder ejercer una actividad presupone el cumplimiento de unas exigencias normativas que regulan la concreta actividad y el sometimiento a las mismas durante su desarrollo.

En el presente supuesto al tratarse de actividades reguladas (tanto la de oficina de farmacia como la distribución) como ya señalaba el Tribunal de instancia no puede entenderse que los socios tengan un derecho consolidado y adquirido en virtud de un acto administrativo declarativo de derechos a su favor sobre el almacén mayorista del que

son accionistas o sobre la oficina de farmacia que tienen arrendada, por lo que su regulación y desarrollo quedan siempre sujetas a la normativa que esté vigente en cada momento y no puede considerarse que tengan un derecho preferencial en la nueva ordenación farmacéutica que establece un régimen de incompatibilidad distinto.

En consecuencia, no concurre infracción de los principios constitucionales invocados y, en particular, del de seguridad jurídica habida cuenta que como señala el Tribunal Supremo *la seguridad jurídica supone que los interesados en esas actividades conocen las consecuencias del régimen jurídico al que se sujetan.*

En suma, lo que nos viene a derecho es que el recurrente no tiene un derecho adquirido y consolidado respecto del ejercicio de la actividad de farmacia y distribución al por mayor sino que dicha actividad está sujeta a autorización y al objeto de obtener esa autorización se han de cumplir las exigencias establecidas normativamente que en el presente supuesto han modificado el régimen de incompatibilidades al que pasará a quedar afecto el recurrente.

- La retroactividad de la norma impugnada alegada de contrario.

Al objeto de analizar este motivo impugnatorio, hemos de remitirnos a la [Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de octubre de 1997 \(rec. 2548/1992\)](#) que distingue entre retroactividad auténtica o de grado máximo y retroactividad impropia o de grado medio.

La primera se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas. La segunda se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, cuyos derechos no han sido adquiridos ni están consolidados.

En similar sentido, el Tribunal Constitucional en su [Sentencia de fecha 24 de mayo de 1990 \(rec. 651/1985\)](#) disponía que: *No puede hablarse así de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas. Como ya hemos afirmado en la [STC 42/1986](#), f.j. 3º) lo que prohíbe el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836) es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero no la incidencia de la nueva ley en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro.*

En el caso examinado, la retroactividad que produce la norma impugnada (Ley 29/2006) es de grado mínimo por lo que sus efectos inmediatos se producirán en el futuro y podrán afectar a aquellos accionistas que se encuentren en la situación descrita como VI-MIFAR, S.A.

En consecuencia, el Tribunal concluye que no existe un supuesto de irretroactividad prohibido por el artículo 9.3 de la Constitución Española al desplegar los efectos de la norma hacia el futuro, a pesar de que se trate de situaciones anteriores pues, no existen derechos adquiridos ni consolidados sobre la actividad sino que el ejercicio de la misma se sujetará en cada momento a las disposiciones que estén vigentes; de ahí que la retroactividad se aplique en grado mínimo, cuestión totalmente permitida.

- Sobre el artículo 14 de la Constitución Española.

Por parte de la recurrente se insiste en que el legislador habría cometido una discriminación al entender que las entidades que se han constituido antes de la entrada en vigor de la prohibición, con titulares de oficina de

farmacia y, a su vez, socios/accionistas/cooperativistas distribuidores al por mayor pero con un número de socios inferior a los 100, sería un supuesto de conflicto de intereses entre los mismos que justificaría y legitimaría la prohibición de compatibilizar la actividad en relación a situaciones preexistentes. Además, señalaba que como el legislador optó por conservar la situación de los cooperativistas de distribuidores cooperativas con más de 20 o más socios, y de los socios/accionistas de mercantiles con 100 o más accionistas/participes, en detrimento de las entidades con menos socios/accionistas/participes, la norma sería contraria al derecho a la igualdad y no discriminación.

Para el Tribunal Supremo (como para el de instancia) no existe quebranto del artículo 14 de la Constitución Española cuando la Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/2006 establece una distinción, primero entre los farmacéuticos con oficina de farmacia e intereses en laboratorios farmacéuticos y los que los tengan en almacenes mayoristas de distribución, y segundo entre estos últimos los que se hayan constituido con la forma de cooperativa con un mínimo de 20 cooperativistas y los de menos, o los conformados por sociedades mercantiles con un mínimo de 100 accionistas y los de menos, ya que todos estos supuestos tienen se justifican en la Exposición de Motivos de la Ley y en las Directivas comunitarias.

En particular, la Exposición de Motivos determina que: *Particularmente novedosa es la regulación de las garantías de independencia de los profesionales del sector, que se traduce básicamente en una más precisa definición de los supuestos en que pueden surgir conflictos de intereses, de la que es fiel reflejo la prohibición de conceder cualquier tipo de incentivo, bonificación, descuento no permitido, prima u obsequio por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos y*

productos sanitarios. Como reconoce la Directiva 2001/83/CE, no debe permitirse otorgar, ofrecer o prometer a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y en el marco de la promoción de los mismos frente a dichas personas, primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie.

Además, el Tribunal considera que la entidad recurrente *para plantear un juicio previo de constitucionalidad debieron asumir la carga procesal de exponer, respecto de esos mínimos que juzgan discriminatorios, por qué son injustificados, exponiendo a tal efecto cuál es la realidad de la distribución mayorista y qué de irrazonable entienden que hay en la normativa de cuya constitucionalidad dudan, atendiendo a cómo se fue gestando y a las razones invocadas mediante enmiendas de las que resultó la redacción final.*

Por tanto, no existiría un quebranto del artículo 14 de la Constitución Española ya que no se dan los presupuestos para articular el juicio de igualdad.

- Respecto del artículo 38 de la Constitución Española relativo a la libertad de empresa.

El Tribunal Supremo defiende que la limitación o restricción a la libertad de empresa es perfectamente constitucional si obedece a razones de interés público en la actividad objeto de la misma, como ocurriría en el presente supuesto al objeto de garantizar la inexistencia de conflicto de intereses entre los diversos intervinientes de la cadena de fabricación y distribución de medicamento.

En particular, el apartado 6 del Preámbulo de la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, por cuya transposición al derecho nacional se modifica mediante la Ley 10/2013 la redacción de los artículo 3.2 y de

la Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/2006 explica con detalle el interés público que reviste el nuevo régimen de incompatibilidad previsto en la norma.

Dice así: *Las personas que obtienen, conservan, almacenan, suministran o exportan medicamentos solo están autorizadas a ejercer sus actividades si cumplen los requisitos exigidos para obtener una autorización de distribución al por mayor con arreglo a la Directiva 2001/83/CE. No obstante, la actual red de distribución de medicamentos es cada vez más compleja e implica a muchos agentes que no son necesariamente distribuidores al por mayor en el sentido de dicha Directiva. Para garantizar la fiabilidad de la cadena de suministro, la legislación sobre medicamentos debe aplicarse a todos los agentes que participan en la misma. Esto incluye no solo a los distribuidores al por mayor, independientemente de que tengan o no contacto físico con los medicamentos, sino también a los intermediarios que participan en la venta o la compra de medicamentos sin venderlos o comprarlos ellos mismos y sin ser propietarios de los medicamentos ni tener contacto físico con ellos.*

Por todo lo anterior, se concluye que no existe vulneración del artículo 38 de la Constitución Española.

- En relación al artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativo a la libertad de establecimiento.

El Tribunal Supremo niega la vulneración del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ya que el establecimiento de un nuevo régimen de incompatibilidades en modo alguno afecta a la libertad de empresa o establecimiento.

Esto encontraría su fundamento en que la normativa comunitaria delega en las legislaciones nacionales las condiciones en las que las personas facultadas para dispensar me-

dicamentos pueden ejercer una actividad al por mayor y a tal efecto, el legislador español lo que ha hecho ha sido introducir una medida tendente a asegurar que la cadena de suministro de medicamentos para uso humano queda exenta de un potencial conflicto de intereses, es decir, lo que se ha pretendido es crear un marco jurídico para garantizar la salud pública en relación a la distribución de medicamentos de forma segura y la independencia de la gente interviniente.

Por estos motivos, el Tribunal señala que: *al imponer a los titulares de farmacia en las aludidas condiciones la obligación de optar entre la actividad de distribución y la titularidad de la oficina de farmacia no se constata ningún elemento que permita afirmar que es desproporcionada en relación con el objetivo que se persigue y en contra de lo que afirma la parte, no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, pues establece criterios y unos porcentajes razonables para poder evitar el conflicto de intereses, sin que se haya acreditado, cuáles deberían ser estos criterios en concreto.*

No resulta desproporcionado y no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el mero hecho de que se establezcan unas condiciones determinadas en cuanto al número de socios o de accionistas. Los criterios empleados en la elaboración de la norma, como hemos expuesto, obedecen a razones y justificaciones objetivas y pretender evitar y eliminar los eventuales conflictos de intereses en las diferentes actividades de distribución y dispensación de medicamentos, que se obtiene a través de un mínimo número de socios o cooperativistas en la actividad de distribución dando lugar a su incompatibilidad en aquellos supuestos en los que concurren con titulares de oficinas de farmacia.

Por tanto, por todos los motivos señalados, el Tribunal Supremo se postula en el Fundamento de Derecho Noveno concluyendo que

el régimen de incompatibilidades que introduce el artículo 3.2 y la Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/2006, en la redacción dada por la Ley 10/2013, respecto de los farmacéuticos ejercientes en oficina de farmacia y en relación con los almacenes de distribución de medicamentos:

- No conculca, los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizados en el artículo 9.3 de la Constitución Española.
- No vulnera el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española.
- Se adecua al principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española.
- Respeta la libertad de establecimiento proclamada en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la interpretación que sobre ella ha alcanzado la jurisprudencia comunitaria.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

A través de la [Sentencia nº 59/2020 de 23 de enero del Tribunal Supremo](#), el referido Tribunal confirma y ratifica de nuevo la doctrina ya adoptada en las [Sentencias de 19 de febrero de 2019 \(rec. 2702/2016\)](#) y de 28 de junio de 2019 (rec. 437/2014) y se une al criterio en ellas alcanzado.

Así, concluye que el régimen de incompatibilidad entre los farmacéuticos ejercientes en oficina de farmacia y los almacenes de distribución de medicamentos introducido por el artículo 3.2 y por la Disposición Transitoria

segunda de la Ley 29/2006 tras la redacción dada por la Ley 10/2013 no va en contra ni de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, ni del principio de igualdad y no discriminación, ni del principio de libertad de empresa y de establecimiento.

La justificación de ello estaría en que la finalidad de la norma es evitar potenciales conflictos de intereses en las diferentes actividades de distribución y dispensación de medicamentos.

Sentado lo anterior, es cierto que hay una cuestión que a mi juicio podría generar un largo debate. Me refiero al tema del número de socios o cooperativistas ya existentes a la entrada en vigor de la nueva redacción de la Ley 29/2006, para poder entender compatible la actividad que ha venido ejerciéndose hasta la futura disolución de la empresa, siempre que la misma no conlleve un posible conflicto de intereses.

El apartado segundo de la propia Disposición Transitoria segunda de la Ley 29/2006 acota la aplicación del régimen transitorio únicamente a aquellos supuestos en los que el número de socios o accionistas en las sociedades mercantiles ya existentes sea mínimo de 100, pero ¿qué ocurre con aquellas sociedades con un número de accionistas inferior? Este sería el caso en el que se encuentra la recurrente.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo entiende que *no resulta desproporcionado y no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el mero hecho de que se establezcan unas condiciones determinadas en cuanto al número de socios o de accionistas*, no es menos cierto que esa decisión va a ocasionar numerosos perjuicios a aquellas mercantiles que se encuentren en dicha situación y que deberán optar, como el caso que nos ocupa, entre el ejercicio profesional

en oficina de farmacia o ser socio de la compañía mercantil.

Es más, y como reflexión me planteo si ¿no conculcaría el principio de proporcionalidad el hecho de que una mercantil con 99 accionistas quedase afectada por el nuevo régimen de incompatibilidades y a otra con 100 accionistas se le permitiese ejercer las dos actividades hasta su disolución? De la lectura y análisis de la Sentencia, parece ser que el Tribunal Supremo habría pasado por alto esta cuestión o de haberla valorado, habría optado por no señalar nada al respecto de una potencial infracción del principio de proporcionalidad.

A pesar de todo, este ha sido el criterio adoptado por el Tribunal Supremo y así habrá de entenderse a partir de ahora.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- Sentencia nº 59/2020, de 23 de enero de la Sala Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo (rec. 507/2017).
- Sentencia nº 665/2016 de 15 de septiembre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- Sentencia nº 516/2016 de 20 junio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- Sentencia de 19 de febrero de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo (rec. 2702/2016).

- Sentencia de 28 de junio de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, del Tribunal Supremo (rec. 437/2014).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de octubre de 1997 (rec. 2548/1992).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1990 (rec. 651/1985)

[1] Actualmente la posibilidad de recurrir en casación es muy compleja y restringida por cuanto se precisa que se justifique el denominado (concepto jurídico indeterminado) *interés casacional objetivo*, piedra angular sobre la cual ha de sustentarse el recurso. A título de muestra, señala el Auto del Tribunal Supremo de

fecha 19 de junio de 2017 (RQ 273/2017) que: *el recurso de casación contencioso-administrativo, en su actual regulación, introducida por la Ley Orgánica 7/2015, presenta una decidida vocación de erigirse como un instrumentos procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento. La noción de "interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia" a que se refieren los artículos 88.1 y 90.4 LJCA, se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional, que atribuye a esta Sala Tercera como cometido principal, en palabras del artículo 93.1, fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, para seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso.*

EMPLEO PÚBLICO

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 1657/2019, DE 2 DE DICIEMBRE DE 2019 (RECLAMACIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS: TIPO DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE AL COLECTIVO DE CONDUCTORES DE CAMIÓN DE MÁS DE 3,5 TM TRAS LA MODIFICACIÓN DEL PRECEPTO REGULADOR)

Autor: Javier Rodríguez Ten¹

Cargo: Universidad San Jorge (Zaragoza). Abogado

Resumen: La Sentencia analizada resuelve la interpretación que debe otorgarse a la normativa vigente sobre tipos de cotización a la Seguridad social de los conductores de camión de más de 3,5 Tm entre 2007 y 2016, a partir de una redacción desacertada del precepto aplicable y una ulterior modificación del mismo que introdujo una mayor confusión respecto de la interpretación del contenido precedente, motivando distintas reclamaciones de ingresos indebidos por parte de empresas del sector.

Palabras clave: Seguridad social, ingresos indebidos, transporte por carretera, conductores de camión.

Abstract: The Judgment analyzed resolves the interpretation that must be given to the regulations between 2007 and 2016 about types of contribution to Social Security for truck drivers of

more than 3.5 tons, based on a misguided wording of the applicable provision and a subsequent modification that introduced greater confusion regarding the interpretation of the preceding content, motivating different claims of undue income by companies in the sector.

Keywords: Social security, undue income, road transport, truckers.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES
- II. INTERÉS CASACIONAL CONCRETO
- III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES
- IV. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO
- V. COMENTARIO

I. ANTECEDENTES

La mercantil X, una sociedad limitada con código CNAE 494 (Cuadro I: Transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanza) reclamó a la Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad de 284.435,79 euros por el exceso entre las cotizaciones que había satisfecho por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de sus conductores de camiones de más de 3,5 Tm. al 6,70% y las que, según sostenía, le correspondía satisfacer (conforme a su código CNAE) al tipo del 3,70% en el período comprendido entre enero de 2012 y diciembre de 2015.

La reclamante consideró que el tipo por el que debía cotizar por todos sus trabajadores

era este último, basándose en el contenido del apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que establece la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluye los Cuadros I y II de dicha tarifa y más concretamente, en el apartado dos, regla tercera, disponía que *No obstante lo indicado en la regla anterior, cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena, o la situación en que éste se halle, se correspondan con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho Cuadro para la ocupación o situación de que se trate, en tanto que ésta difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa. El mismo criterio corresponderá aplicar en relación con los*

trabajadores por cuenta propia, cuando éstos se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el apartado c) del citado Cuadro II.

En este sentido, es importante indicar que mediante la Disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, dicha disposición se modificó, de manera que la frase que hemos destacado en subrayado pasó a decir: *...en tanto que el tipo correspondiente a tal ocupación difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa.* Esta modificación motivó que la reclamante argumentara que la palabra “ésta”, vigente durante el periodo de la reclamación, se refiere a la ocupación o situación del trabajador, defendiendo que era la que debía diferir de la actividad de la empresa, de tal modo que, no variando, debía estarse a la cotización que le era aplicable de acuerdo con su código: el 3,70%.

La empresa vio denegada su reclamación de devolución de ingresos indebidos por la Resolución de la Administración 36/2003 de la TGSS, Dirección Provincial de Pontevedra, de 27 de junio de 2016. La Resolución dictada en alzada el 10 de agosto de 2016 por la Dirección Provincial de Pontevedra confirmó la anterior. Contra dicha Resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo, que derivó en el procedimiento ordinario número 4454/2016, seguido en la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que el 11 de mayo de 2017 dictó la sentencia número 227/2017, desestimatoria.

La Sentencia, siguiendo el criterio de la TGSS, entiende que se cotizó por el tipo correcto, del 6,70%. Sostiene que, respecto del texto de la regla tercera del apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, la demandante entiende erróneamente que la palabra “ésta” se refiere a la ocupación o situación del trabajador, que es la que tie-

ne que diferir de la actividad de la empresa, pero entiende que hay un error en la redacción de la última frase, pues no hay concordancia entre dicha palabra, de género femenino, y los términos “del que corresponda”, de género masculino. Añade también que si lo que se quería comparar, para señalar la diferencia, era la ocupación del trabajador y la actividad de la empresa, los términos “del que corresponda en razón” no tenían por qué emplearse, pues bastaría decir “en tanto que ésta difiera de la actividad de la empresa”. Y concluye que, si el apartado “f” del cuadro establece un tipo del 6,70%, mayor, es porque el hecho de conducir vehículos de más de 3,5 Tm. supone un mayor riesgo de sufrir accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ante lo que resultaría paradójico que, si todos los trabajadores de una empresa se dedican a conducir ese tipo de vehículos, con el consiguiente incremento de dicho riesgo, la cotización se realizase por un tipo menor, y que precisamente por ello la Disposición final octava de la Ley 48/2015 corrige dicho error, y para ello tras la regla tercera se dispone que “No obstante lo indicado en la regla anterior, cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena se corresponda con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho cuadro para la ocupación de que se trate, en tanto que el tipo correspondiente a tal ocupación difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa”.

El fallo considera correcta la cotización al 6,70% como cuota empresarial por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de su personal laboral e inherente a la ocupación f) del Cuadro II del Código CNAE, relativa a conductores de vehículo automóvil de transporte de mercancías que tenga una capacidad de carga útil superior a 3,5 Tm. frente al otro tipo cotizatorio del 3,70% asimilado a la actividad 494 del Cuadro I del Código CNAE, referente

al transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanzas.

Contra dicha Sentencia se preparó recurso de casación, que la Sección primera de la mencionada Sala cuarta admitió a trámite mediante Auto de 27 de noviembre de 2017.

II. INTERÉS CASACIONAL CONCRETO

Tanto el Auto de 27 de noviembre de 2017 como el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia concretan el interés casacional que justifica el Recurso de Casación.

La Sala sostiene que la cuestión planteada guarda identidad sustancial con la que suscitó el recurso de casación número 2160/2017, interpuesto contra una Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Siguiendo el auto de 27 de noviembre de 2017, que admitió dicho recurso, la circunstancia de que la solución que se adoptase afectaría a un gran número de situaciones, dada la existencia de numerosos recursos idénticos en litispendencia, determinó que se apreciara el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia exigido para que se admita el recurso de casación.

Los preceptos legales a interpretar son la originaria Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, y la nueva redacción dada por la Disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Y las cuestiones a las que se debe dar respuesta, las siguientes:

1) Si antes de la reforma de la regla tercera, del apartado dos, de la Disposición adicional

cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, efectuada por la Disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, las empresas encuadradas en el código CNAE 494 "Transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanza", incluidas en el Cuadro I, que cuenten con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II (en el caso, conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga superior a 3,5 TM) debían cotizar por contingencias profesionales y accidentes de trabajo por el tipo más alto (tarifa 6,70 %, correspondiente al Cuadro II) o por la tarifa 3,70 % (correspondiente al Cuadro I).

2) En el caso de que la cotización pudiera haber sido efectuada por el tipo más bajo, si resulta procedente (y en qué términos) una solicitud dirigida a la TGSS reclamando como indebidos los ingresos efectuados con aquel exceso de cotización.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

La mercantil recurrente reiteró la interpretación realizada en la fase administrativa y ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

A su entender, la interpretación correcta de los preceptos aplicables implica que la empresa debe cotizar por el Cuadro II si la ocupación o situación del trabajador difiere de la que corresponde a la actividad de la empresa, y que la nueva redacción que dio a ese precepto la Disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre introdujo una regla diferente, que implica tener que aplicar el tipo de cotización del Cuadro II en tanto se

corresponda con la ocupación del trabajador y difiera del precedente en razón de la actividad de la empresa.

Siendo esto así, defiende que antes del 1 de enero de 2016 el tipo a aplicar en las cotizaciones por contingencias profesionales y accidentes de trabajo de los conductores de camiones de más de 3,5 Tm debió ser el de la empresa, es decir, el 3,70%, mientras que a partir de esa fecha pasó a ser del 6,70%. Además, alude a que la Disposición derogatoria única de la Ley 42/2006 derogó el Real Decreto 2930/1979, de 29 de noviembre SIC, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por tanto, si la actividad normal de la empresa es el transporte de mercancías por carretera y el trabajador es un conductor de un vehículo automóvil de transporte de mercancías, coinciden las actividades de una y otro, y el nivel de riesgo del trabajador no es distinto del que afecta a la actividad de la empresa, a salvo de los trabajadores que solamente llevan a cabo tareas de oficina, cuya tarifa no era cuestionada.

La recurrente cita varias Sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y varios Tribunales Superiores de Justicia, y en particular la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria número 42/2017, que sigue dicha interpretación y que falló a favor de la empresa de transporte recurrente, concluyendo que en el período indicado el tipo de cotización aplicable era del 3,70%, siendo el mismo el que debe ser asignado a sus conductores de vehículos automóviles de transporte de mercancías.

A su vez, la Administración recurrida, Tesorería General de la Seguridad Social, formuló escrito de oposición sosteniendo que la interpretación correcta de las disposiciones

invocadas es la que realiza la Sentencia recurrida, aludiendo al criterio teleológico para sostener que la intención de la norma era la misma en las dos versiones, por los motivos que constan en aquella.

En ambos casos, con ambas redacciones, lo que el legislador pretende es que cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones u ocupaciones del Cuadro II, sea el tipo previsto en él el que se debe aplicar, dada la diferente situación descrita y el cambio de circunstancias (riesgo) que conlleva.

En conclusión, considera que la redacción originaria del precepto era mejorable, pero que la Ley 48/2015 no ha incorporado una nueva regla, sino que simplemente ha procedido a mantener la misma mediante una mejor técnica normativa, aclarándola.

IV. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia desestima el recurso de casación, argumentando su decisión en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto.

La Sala comienza indicando que ya se ha pronunciado sobre la cuestión planteada, y que en base a los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica, no existiendo razones que justifiquen lo contrario, debe seguir el mismo criterio de sentencias precedentes, que conlleva la desestimación del recurso, confirmando el parecer de la Sentencia precedente. En particular, en la [Sentencia número 1550/2018, de 26 de octubre](#), fue anulada la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria sobre la que se articula el recurso, criterio reiterado en otras Sentencias posteriores (así, Sentencias 1441/2019, de 24 de octubre; 1355/2019, de 10 de octubre; 1276/2019, de 30 de sep-

tiembre; 1235/2019, de 24 de septiembre, y 1729/2018, de 5 de diciembre). En todas ellas, salvo en la 1355/2019, se estimaron los argumentos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Siguiendo el mismo criterio, se alude inicialmente a que mientras que la "ocupación" constituye simplemente el trabajo efectivo del trabajador como esencia de la relación de trabajo, la actividad empresarial responde a clasificaciones de actividades económicas, en la que los distintos trabajadores de una empresa pueden desarrollar funciones o tareas diferentes.

Respecto de las bases y tipos de cotización, reproduce los argumentos de dichas Sentencias, a partir del contenido aplicable de la Ley General de la Seguridad Social. Y ello porque entiende que el debate se pretende situar en los preceptos que incorporan dos Leyes de Presupuestos Generales del Estado, omitiendo la normativa sobre Seguridad Social de que parten aquéllas, considerando que su examen es necesario para resolver la cuestión, ya que las leyes presupuestarias interesadas se han limitado a introducir los tipos de cotización aplicables en los diferentes periodos.

Y así, tras efectuar un análisis de la regulación establecida en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y el precedente artículo 16 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y los artículos 107 y 108, concluye que:

De las disposiciones legales en materia de Seguridad Social, más arriba reflejadas, se colige que la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales atiende no solo a la actividad empresarial sino también a la concreta ocupación o tarea del trabajador asalariado.

Partimos de que el tipo de cotización responde a las exigencias financieras derivadas del sistema de reparto por lo que se calcula tomando en cuenta las previsibles prestaciones a financiar por la Seguridad Social. Tiene una naturaleza finalista al tomar en consideración las prestaciones por accidentes de trabajo y las exigencias de servicios preventivos y rehabilitadores. Por ello parece plausible que cuanto mayor sea el riesgo profesional en un trabajador por cuenta ajena mayor será el tipo de cotización del empresario. Así lo ha querido el legislador para proteger al trabajador en función de la potencial peligrosidad de la actividad u ocupación.

Adicionalmente, tras profundizar en los tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales previstos en las diferentes redacciones de los preceptos aplicables del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, la Sentencia entiende que se ha producido un significativo cambio respecto al sistema anterior de epígrafes, al que se refería la Sentencia de 18 de noviembre de 2008, esgrimida por la empresa recurrente, para invocar la aplicación preferente del concepto de actividad. Y ello sin que haya cambiado el fin de las normas de Seguridad Social (interpretación teleológica) en cuanto a que un trabajo por cuenta ajena de mayor riesgo conlleva la necesidad de mayor cotización a la Seguridad Social para atender las pertinentes prestaciones por accidentes de trabajo, al establecerlo así la legislación desde antes de la modificación llevada a cabo en 29 de octubre de 2015. Una interpretación literal conduce al absurdo de dejar desprotegido al trabajador en un ámbito tan sensible como el de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Notoriamente, no son parcas en el ámbito controvertido, el de transporte de mercancías en camiones de gran tonelaje. No se trata solo de que la actividad empresarial sea la del transporte por carretera sino de la concreta ocupación, siendo relevante además que se tomó en cuen-

ta a efectos de su inclusión en el cuadro II a los conductores de vehículos de transporte de mercancías con carga útil superior a 3,5 Tm, los de mayor tonelaje, a los que el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres exige mayor capacitación profesional (art. 33.2).

Y por todo ello se concluye que *Antes de la reforma de la regla tercera, del apartado dos, de la Disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, efectuada por la disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, las empresas encuadradas en el código CNAE 494 "Transporte de mercancías por carretera y servicios de mudanza", incluidas en el Cuadro I, que cuenten con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II (en el caso, conductores de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de carga superior a 3,5 Tm), deben cotizar por contingencias profesionales y accidentes de trabajo por el tipo más alto (tarifa 6,70% correspondiente al Cuadro II y no por la tarifa 3,70% correspondiente al Cuadro I).*

V. COMENTARIO

La Sentencia que comentamos reproduce y reitera el criterio establecido en otras precedentes, en relación al asunto abordado: el tipo de cotización por el que debieron cotizar los conductores de camión de más de 3,5 Tm. durante el período en que estuvo vigente la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Cuadros I y II, y más concretamente, el apartado dos, regla tercera, introducidos por el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la Ley

42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, hasta su modificación por la Disposición final octava de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

La realidad es que, como reconoce la Sentencia, la redacción del precepto durante el período objeto de la reclamación no era la más acertada, y fruto de ello (muchos años después, por cierto), fue preciso otorgar una nueva redacción clarificadora. Una nueva redacción que motivó la interpretación lógica de los destinatarios de la norma: cuando se modifica un precepto, es porque existe algún cambio regulatorio, que es lo habitual. Por lo tanto, sobre una redacción que dispone unos tipos de cotización concretos, la previa, que admitía tipos distintos, debe interpretarse en el sentido de posibilitar unos u otros.

La respuesta jurisdiccional es, a nuestro entender, lógica y adecuada, fundamentada en la integración sistemática con la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, que es en realidad el ámbito regulatorio abordado, y en el elemento teleológico, este último con prioridad tal y como disponen los criterios hermenéuticos previstos en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil. El sistema de Seguridad Social, máximo exponente de nuestro Estado del bienestar, debe descansar sobre un criterio justo de cotizaciones, y sobre el particular nada más justo parece, como seguro social es, que quien más riesgo ofrezca deba contar con un tipo de cotización más elevado, como es habitual en el ámbito de los seguros. Nada hay que oponer a la Sentencia, aunque tampoco al recurrente; en este caso, al legislador.

La realidad es que cuando una Sentencia debe recurrir a dos criterios interpretativos para resolver un conflicto, es que el texto elaborado por el legislador o la Administración actuante es defectuoso. Es exigible

una interpretación gramatical directa y sencilla de los textos, en aras del principio de seguridad jurídica, y que el recurso al resto de criterios sea meramente residual o sirva cuando, intencionadamente, se otorgue cierta flexibilidad al precepto. No es el caso. No se ha pretendido que se pueda optar por un tipo de cotización u otro, simplemente la redacción era mejorable y varios años después se modificó. Puede suceder (aunque no debe) en textos elaborados apresuradamente (Real Decreto Ley), si bien para subsanarlo existe el trámite de convalidación posterior. No debe suceder ni en las leyes ni en los reglamentos (especialmente los Reales Decretos), y a tal fin es importante no sólo el conjunto de informes preceptivos, sino otorgar a los expertos y técnicos un papel relevante

en la elaboración y revisión del texto final, y realzar el papel de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia.

Lo contrario implica la inseguridad jurídica para el ciudadano y en el mejor de los casos la necesidad de dedicar recursos públicos a atender las reclamaciones y recursos planteados (los Tribunales no siempre fallan a favor de la Administración, pudiendo producirse importantes perjuicios a las arcas públicas).

[1] Miembro del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J (Cód. Ref. S07_17D). Trabajo elaborado con la colaboración del Programa Operativo FEDER Aragón 2014-2020, "Construyendo Europa desde Aragón".

LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE ¿UN MARCO DE INSEGURIDAD JURÍDICA? COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 4 DE OCTUBRE DE 2019

Altering temporariness due to vacancy. Are we facing legal insecurity? Remark of the sentence of the Supreme Court of Madrid of the 4 of October of 2019.

Autor: David Hernando Espada

Cargo: Técnico en el Gabinete de la Secretaría General del Instituto Cervantes

Resumen: La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto del presente comentario, analiza la cuestión controvertida sobre la desnaturalización de la temporalidad del contrato de interinidad por vacante. En dicho análisis la Sala estudia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz del caso Montero Mateos. Igualmente, realiza un estudio sobre la aplicada por nuestros órganos judiciales, respecto de la regulación contenido en el artículo 70 del EBEP, hasta la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2019. Este último pronunciamiento clarifica el sentido en el que debe aplicarse el referido precepto, sin embargo, parece que se esté ante un marco de inseguridad jurídica.

Palabras clave: Desnaturalización. Temporalidad. Contrato de interinidad por vacante. Doctrina. Inseguridad jurídica.

Abstract: Altering. Temporary. Temporariness contract due to vacancy. Legal insecurity.

Keywords: The sentence of the Superior court of Madrid, where this remark focuses on, analyses temporariness due to vacancy. In this analysis, the Court studies the doctrine of the Court of Justice of the European Union as a result of the Montero Mateos' case. In addition, it studies the doctrine applied by the Spanish court, in relation to the regulation of the contents in the article 70 within the EBEP, until the sentence of the 24 of April of 2019 of the Supreme Court. This last pronouncement clarifies the way in which the legal precept should be applied; nevertheless, we seem to be dealing with a context is legal insecurity.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes y procedimiento

1.1. Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid

1.2. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

2. Fallo de la sentencia

II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES

1. El caso Montero Mateos como telón de fondo

2. La conversión en "indefinido no fijo": bajo la interpretación judicial

III. A MODO DE CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes y procedimiento

D^a. Juliana prestó servicios para el Ayuntamiento de Madrid, desde el 9 de enero de 2002, como Preparador Físico Titulado Superior. En dicha fecha firmó un primer contrato de interinidad cuya causa era la de cubrir un puesto de trabajo durante el pro-

ceso de selección de una vacante, finalizando su cobertura el 31 de agosto de 2003. No obstante, el 8 de septiembre de 2003 la trabajadora suscribió un segundo contrato, con idéntica categoría profesional y causa, permaneciendo en la actualidad en dicha situación debida a la ausencia de convocatoria de un proceso de selección. En este contexto, D^a Juliana presenta demanda contra el Ayuntamiento de Madrid.

1.1. Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid

La cuestión objeto de debate se centra en dilucidar la aplicación del artículo 70 del EBEP a las ofertas de empleo público anteriores a la entrada en vigor de dicho precepto. Así, cabe señalar que, según establece el apartado primero del citado artículo, *las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso será objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.*

El Juzgado de lo Social considera que sí es de aplicación lo dispuesto en el artículo 70 del EBEP, ya que según lo dispuesto en las disposiciones transitorias 1ª y 4ª CC, *que establecen que el ejercicio, duración y procedimiento de los derechos nacidos y no ejercitados (no consumados) bajo la legislación precedente se han de acomodar en cuanto a la ejecución a la nueva normativa.* Este es el supuesto que, según el Juzgador, es el que se produce en el caso de Dª. Juliana. Además, indica que *la Disposición final 4ª del EBEP, después de prever su entrada en vigor en un mes desde su publicación en el BOE (que tuvo lugar el 13 de abril de 2007), establece en su apartado 2 que "no obstante, lo establecido en los Capítulos II y III del Título III, excepto el artículo 25.2, y en el Capítulo III del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto" pero el artículo 70 pertenece al Título V y, por tanto, entre los preceptos que entraron en vigor al mes de la publicación de la Ley 7/2007.*

Por tanto, el Juzgado concluye que se ha de aplicar el artículo 70.1 del EBEP. En este sentido, apunta que *es de sentido común: el legislador de 2007 pretendió dotar de mayor estabilidad al empleo público interino. Dicha finalidad se vería frustrada si no es de aplicación a los interinos que ocupen plazas de ofertas de empleo público anteriores a la entrada en vigor de la ley, puesto que permitiría a las administraciones públicas mantener islas de discrecionalidad respecto de plazas ocupadas por interinos...* Asimismo, el Juzgador señala como argumento de a mayor abundamiento, *la aplicación de lo establecido en el artículo 4.2.b) del Real Decreto 2720/1998 que desarrolla el artículo 15 LET lleva, necesariamente, a la consideración del contrato como indefinido, además, al haber transcurrido más de tres años.* De esta manera, el Juzgado de lo Social estima la demanda interpuesta por Dª. Juliana contra el Ayuntamiento de Madrid. Se declara la indefinición de la relación laboral con efectos desde el 9 de enero de 2002.

1.2. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

El Ayuntamiento de Madrid frente a la sentencia del Juzgado de lo Social presenta recurso de suplicación. Se constituye de un único motivo, de conformidad con el artículo 193.c) LRJS, denuncia como infringidos determinados preceptos del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre; el artículo 70.1 del EBEP; normativa presupuestaria, y doctrina judicial asociada. El Ayuntamiento sostiene, fundamentalmente, que *el contrato de interinidad puede durar temporalmente durante todo el proceso de selección o promoción para la cobertura de la plaza, sin que resulte de aplicación el plazo de los tres años.*

a) Análisis del artículo 70.1 del EBEP: la transformación del contrato en indefinido

En esta cuestión, la Sala de lo Social recuerda, entre otras, su sentencia de 15 de diciem-

bre de 2017 que, en relación con el tiempo de permanencia en la situación de interinidad (en el caso de Administraciones Públicas), señala que el EBEP establece un plazo máximo de tres años¹. De esta manera, advertía la Sala que se ha de *entender superada la doctrina jurisprudencial según la cual la relación de interinidad por vacante no se transforma en indefinida por haberse superado el plazo máximo previsto en las normas para la duración del contrato, atendiendo que el límite temporal directo de la vigencia del contrato es impropio de la relación de interinidad y su desconocimiento no determinaba la transformación del contrato en indefinido; o aquella que señalaba que el contrato no se convierte en indefinido por la existencia de una demora en la provisión de las plazas.*

En este sentido, la Sala de lo Social recuerda, en la citada sentencia de 15 de diciembre de 2017, la doctrina del Tribunal Supremo que, en aplicación del artículo 70.1 del EBEP y del artículo 4.2.b) del RD 2720/1998, señala que *la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que la misma quedó desierta.* Así, en la STS de 14 de julio de 2014 se apunta que *para llegar a tal conclusión, la Sala de suplicación argumenta que el contrato de interinidad por vacantes de autos había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 y art. 4.2.b) del RD 2720/1998, la relación contractual había devenido indefinida no fija².*

b) Una mirada al marco normativo comunitario y a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid examina el caso enjuiciado, especialmente, a través de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre

el trabajo de duración determinada, y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El citado examen se efectúa por la Sala recordando su sentencia de 26 de junio de 2018³. En este pronunciamiento se analiza la aplicación de la cláusula 5ª del referido Acuerdo marco, en la que a efectos de prevenir los abusos en la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada, mandata a los Estados miembros que determinen en qué condiciones se consideraran sucesivos o celebrados por tiempo indefinido. Esta prescripción se ve reflejada, según la citada sentencia, en el artículo 70 del EBEP, *acude al límite de tres años para la ejecución de la OPE lo que conecta este precepto de forma directa con la duración de los contratos de interinidad suscritos para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (arts. 4.1 y 4.2.b del Real Decreto 2720/1998). A la vista de lo anterior, obvio es que el legislador ha considerado, cuando de una Administración Pública se trata, el límite de tres años (e incluso dos en determinadas condiciones) como el legalmente aceptable para determinar la duración máxima de los contratos temporales sin perjuicio de determinadas excepciones (sustitución).*

La Sala en su pronunciamiento de 26 de junio de 2018, señala que el TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 reitera que el objeto del Acuerdo marco es *establecer límites a la utilización abusiva de contratos de duración determinada, imponiendo a los Estados la obligación de adoptar medidas preventivas sin enunciar sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En cuyo caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco. De ello se despen-*

de que cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión⁴. La sanción, tal y como recoge la Sala en la citada sentencia de 26 de junio de 2018, es la conversión del contrato en indefinido no fijo.

En este contexto, el TSJ de Madrid determina que llegaría a la conclusión de que la solución de instancia sería la apropiada, ya que han transcurrido casi dieciséis años sin que se haya convocado proceso selectivo con el objeto de cubrir la plaza ocupada en interinidad. En este sentido, señala que *la inusual tardanza en ello y, en suma, la imprevisible duración de una relación laboral pretendidamente temporal, generaría una frustración de las legítimas expectativas de estabilidad en el empleo de la trabajadora, de suerte que dicho nexo contractual, debido a la abusividad que de él es predicable, no podría conceptuarse sino como de indefinida no fija por el carácter de Administración Pública de la demandada.*

c) El examen de la reciente doctrina del Tribunal Supremo

No obstante, a continuación, la Sala de lo Social sostiene que ha de reconsiderar su postura a la luz de la [STS de 23 de mayo de 2019](#)⁵. Este pronunciamiento reúne la doctrina unificada del Alto Tribunal, recogida en su sentencia de 24 de abril de 2019, sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 70 del EBEP⁶.

En el referido pronunciamiento, el Tribunal Supremo sostiene que el plazo de 3 años establecido en el artículo 70 del EBEP *no puede entenderse en general como una ga-*

rantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas que cada supuesto las que han de llevar a una concreta solución el art. 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres años, plazo que viene referido sólo a la ejecución de la oferta de empleo público.

2. Fallo de la sentencia

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid.

II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES

1. El caso Montero Mateos como telón de fondo

El TJUE en su sentencia de 5 de junio de 2018 se pronunció sobre la decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº. 33 de Madrid, en relación a la interpretación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999⁷.

La Sra. Montero Mateos, el 13 de marzo de 2007, suscribió con la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid un contrato de interinidad cuyo objeto era el de sustituir a un trabajador fijo. No obstante, el 1 de febrero de 2008 dicho contrato se transformó a efectos de cubrir una interinidad por vacante, en concreto, como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la referida Agencia.

Con fecha de 3 de octubre de 2009 la Comunidad de Madrid convocó un proceso extraordinario con el objeto de consolidar el empleo. El 27 de julio de 2016 el puesto que ocupaba interinamente la Sra. Montero Materos fue adjudicado a una persona que había superado el proceso selectivo. De esta manera, el contrato de interinidad finalizó el 30 de septiembre de 2016.

En este contexto, el Juzgado de lo Social nº. 33 de Madrid planteó al TJUE si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debía interpretarse en el sentido de que se opusiera a una normativa nacional que no previera el abono de indemnización a los trabajadores con un contrato de interinidad celebrado para cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva al vencer el término por el que se celebró, mientras que si se contempla indemnización a los trabajadores fijos al extinguírsele su contrato de trabajo por causa objetiva.

El TJUE señaló que la citada cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional que no prevea la referida indemnización. Sin embargo, más allá de la cuestión indemnizatoria, el Tribunal advirtió que incumbía *al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, cabía recalifi-*

carlo como contrato fijo. Sobre este aspecto se ha señalado que el Tribunal abrió *un enigma nada fácil de resolver*, esto es, las interinidades de larga duración. Así, la doctrina ha apuntado que no es *fácil descifrar que ha querido decir la sentencia con esta enigmática llamada al juez nacional.* De esta forma, se sostiene que en una primera aproximación se podría entender *que estamos ante un intento de promover en nuestros órganos judiciales una interpretación menos formalista de las causas de la temporalidad y más abierta a verificar si con ellas en realidad se cubren necesidades permanentes por muchos que se respete literalmente la dinámica de la contratación temporal (...).* En todo caso, es muy incierto saber *qué ha querido decir el TJUE en estos casos en los que los contratos temporales carecen de duración previsible y son inusualmente largos*⁸....

Sin embargo, concurra o no el citado enigma, parece claro que el juez nacional deberá valorar, atendiendo a la imprevisibilidad de la finalización de la prestación de servicios, así como a su duración, la consideración del contrato como fijo. En este sentido, se ha señalado que *los jueces y tribunales internos serán quienes habrá de valorar qué se entiende por una duración "inusualmente larga" y, de calificarse la duración del contrato como tal, procederá la conversión del interino por vacante en personal indefinido no fijo*⁹. Finalmente, ante este contexto, la doctrina ha manifestado que *se ha abierto la caja de Pandora de la interpretación judicial*¹⁰.

2. La conversión en "indefinido no fijo": bajo la interpretación judicial

La caracterización de la relación como "indefinida no fija" parece que siempre ha permanecido bajo la interpretación judicial. El artículo 70.1 del EBEP se limita a establecer que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban

proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años. La previsión relativa a la ejecución en el citado plazo de tres años de la oferta de empleo público o, en su caso, instrumento similar, fue interpretada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo como límite temporal a efectos de la calificación como indefinido no fijo.¹¹ Es decir, si se superaba tal término se incurría en un incumplimiento legal, siendo su consecuencia la transformación del vínculo en indefinido no fijo¹¹. Así, en la [STS de 14 de julio de 2014](#) se considera la conversión *por el transcurso del plazo máximo (arts. 70.1 EBEP y art. 4.2.b) del RD 2720/1998)*¹². En este sentido, cabe citar, igualmente, la [STS de 10 de octubre de 2014](#), la doctrina más reciente de esta Sala del Tribunal Supremo que ha considerado como indefinidos no fijos a los trabajadores que han prestado servicios para la Administración pública en calidad de interino por vacantes superando el límite temporal máximo de tres años para su cobertura, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 y art. 4.2.b) del RD 2720/1998. Tal doctrina sirve aquí para declarar que es la sentencia de contraste la que alcanza la solución correcta, pues sucede que todos los demandantes acumulaban en el momento del juicio una prestación de servicios superior a ese trienio y, por consiguiente, debe reconocérseles la condición de trabajadores indefinidos no fijos¹³. Por último, mencionar la STS de 14 de octubre de 2014, en la que los recurrentes habían tenido contratos de interinidad por vacante con una duración superior a tres años, es claro, señala la Sala, que

*debe reconocérseles la condición de trabajadores indefinidos no fijos*¹⁴.

Sin embargo, la referida doctrina parece que es modificada en la STS de 24 de abril de 2019. La Sala sostiene que en la referida sentencia de 14 de julio de 2014, así como también en su pronunciamiento de 15 de julio de 2014, sentencias a las que se van a remitir, entre otras, las expuestas anteriormente de octubre de 2014, la decisión no se focalizaba sobre la calificación de la relación existente entre los trabajadores y la Administración Pública, sino en la extinción de contratos de interinidad por vacante convertidos en indefinidos no fijos a efectos de extinguirlos mediante despido objetivo o colectivo¹⁵. Asimismo, se señala que en ningún caso se ha mantenido que, al amparo de lo establecido en el artículo 70.1 del EBEP y del artículo 4.2.b) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 ET, la superación de los plazos recogidos en las citadas normas den lugar al reconocimiento automático de la relación como "indefinido no fijo". De esta manera, la Sala afirma que los citados preceptos aluden al modo de proveer las necesidades de recursos humanos a través de personal de nuevo ingreso.

En este contexto, el Alto Tribunal sostiene que el plazo de tres años establecido en el artículo 70.1 del EBEP, *no puede entenderse en general como una garantía inamovible, ya que la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático*¹⁶. Por tanto, en definitiva, tal y como sostiene la doctrina, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo niega el carácter automático del límite temporal dispuesto en

el citado artículo 70.1 del EBEP y *remite a la casuística y a las circunstancias concretas que rodeen cada supuesto*¹⁷.

Por último, la Sala considera que, ante las circunstancias del caso, *no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente estamos ante un supuesto en el que la duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años) hace que devenga fraudulenta...*

De conformidad con el análisis realizado, el Alto Tribunal resuelve la cuestión debatida en el mismo, entiende que se ha producido una duración “inusualmente larga” del contrato. Asimismo, determina cuál ha de ser la interpretación del artículo 70.1 del EBEP, el plazo de tres años establecido en el mismo se refiere únicamente a la ejecución de la oferta del empleo público, es decir, no ha de aplicarse como garantía a efectos de determinar el carácter del contrato como “indefinido no fijo”. La Sala, una vez realizada dicha clarificación, no aporta una solución objetiva sobre cuándo debe proceder la conversión del personal en “indefinido no fijo”, sino que en cada decisión judicial se habrá de decidir si se está ante una duración inusualmente larga. En este sentido, Casas Baamonde ha señalado que se trata de un *método de apreciación casuística de circunstancias y conclusiones que confiere valor definitorio a cada decisión y que se compeadece mal con la seguridad jurídica*¹⁸.

III. A MODO DE CONCLUSIONES

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid alcanza una primera conclusión en orden a caracteri-

zar la relación como “indefinida no fija”, dado que han transcurrido cerca de dieciséis años sin que se haya convocado el proceso selectivo a efectos de cubrir la plaza ocupada en interinidad. En este sentido, entre otros aspectos, señala la inusual tardanza y la imprevisibilidad en la duración de la relación laboral como elementos que pueden generar la frustración de la legítima expectativa de estabilidad en el empleo, por lo que, en consecuencia, el contrato habría de calificarse como “indefinido no fijo.”

Sin embargo, a continuación, la Sala sostiene que ha de reconsiderar su postura como consecuencia de la doctrina recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2019 en relación a lo dispuesto en el artículo 70 del EBEP. Es decir, el plazo de tres años establecido en el citado precepto se refiere únicamente a la ejecución de la oferta de empleo público. En este contexto, el Alto Tribunal señala que dicho período no puede interpretarse como una garantía inamovible, ya que la conducta del empleador puede llevar a que antes de que transcurra el referido plazo se haya desnaturalizado la condición temporal del contrato de interinidad (fraude, abuso...); al igual que en sentido contrario. En definitiva, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de determinar la solución.

Si se ha de atender a las particularidades de cada caso y alcanzar la resolución oportuna en virtud de la interpretación judicial realizada, se desdibuja la seguridad jurídica. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha aclarado que el artículo 70 del EBEP únicamente regula el plazo de ejecución de la oferta de empleo público. De esta manera, en este contexto, resulta necesaria la intervención del legislador, ya que sería oportuno establecer cuando se desnaturalizaría la temporalidad del contrato de interinidad.

BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M^a. *El fraude en la contratación temporal: su duración "inusualmente larga" (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)*. STS-SOC núm. 322/2019, de 24 de abril, en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 3, 2019.

LÓPEZ BALAGUER, M.; RAMOS MORAGUES, F., *El personal "indefinido no fijo". Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *A vueltas con el derecho a la indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración. Balance de la doctrina judicial nacional tras la sentencia del TJUE Montero Mateos*, en Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 48, 2018.

– PÉREZ REY, J., *¿Punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility*, en Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 46, 2018.

[1] STSJ Madrid 15 diciembre 2017 (recurso 897/2017).

[2] STS 14 julio 2014 (recurso 711/2013).

[3] STSJ Madrid 26 junio 2018 (recurso 56/18).

[4] STJUE 14 septiembre 2016 (C-197/2015, C-184/2015).

[5] STS 23 mayo 2019 (recurso 1756/2018).

[6] STS 24 abril 2019 (recurso 1001/2017).

[7] STJUE 5 junio 2018 (C-677/16).

El apartado 1 de la Cláusula 4 establece, en relación a las condiciones de trabajo, que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

[8] PÉREZ REY, J., *¿Punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility*, en Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N°46, 2018, pp. 74-84.

[9] LÓPEZ BALAGUER, M.; RAMOS MORAGUES, F., *El personal "indefinido no fijo". Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 74.

[10] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *A vueltas con el derecho a la indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración. Balance de la doctrina judicial nacional tras la sentencia del TJUE Montero Mateos*, en Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N° 48, 2018, pp. 65-79.

[11] LÓPEZ BALAGUER, M.; RAMOS MORAGUES, F., *El personal "indefinido no fijo"...*Op. cit, p. 72.

[12] STS 14 julio 2014 (recurso 1847/2013).

[13] STS 10 octubre 2014 (recurso 723/2013).

[14] STS 14 octubre 2014 (recurso 711/2013).

[15] STS 15 julio 2014 (recurso 1833/2013).

[16] STS 24 abril 2019 (recurso 1001/2017).

[17] LÓPEZ BALAGUER, M.; RAMOS MORAGUES, F., *El personal "indefinido no fijo"...*Op. cit, p. 77.

[18] CASAS BAAMONDE, M^a. *El fraude en la contratación temporal: su duración "inusualmente larga" (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)*. STS-SOC núm. 322/2019, de 24 de abril, en Revista de Jurisprudencia Laboral, N° 3, 2019.

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

COMENTARIO AL AUTO DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2020 (DESESTIMACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS *INAUDITA PARTE* EN RECURSO INTERPUESTO CONTRA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL)

Autor: Javier Rodríguez Ten¹

Cargo: Abogado Universidad San Jorge (Zaragoza)

Resumen: Un diputado electo del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Cataluña incurre en causa sobrevenida de inelegibilidad. Como consecuencia de ello, la Junta Electoral competente deja sin efecto su credencial. El interesado recurre dicha decisión solicitando la suspensión cautelar, inaudita parte, de la resolución, que es desestimada por el Tribunal Supremo por no acreditarse la existencia de urgencia que justifique este especial procedimiento.

Palabras clave: Régimen electoral – Suspensión cautelar – Suspensión cautelar inaudita parte – Inelegibilidad sobrevenida.

Abstract: An elected deputy from Catalanian's Autonomous Community Parliament incurs a supervening cause of ineligibility. As a consequence, the Electoral Board cancels his credential. The deputy appeals the decision requesting the provisional suspension, without listening to the opposite party, which is dismissed by the Supreme Court for not proving the existence of urgency that justifies this special procedure.

Keywords: Electoral spanish regulation - Precautionary suspension - Precautionary suspension without audience - Supervening ineligibility

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES
- II. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD
- III. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO
- IV. COMENTARIO

I. ANTECEDENTES

Con fecha 3 de enero de 2020, la Junta Electoral Central dictó Resolución por la que se desestimaron los recursos interpuestos por Junts per Catalunya y por el Sr. X; se estimó el recurso interpuesto por el Partido Popular y parcialmente los recursos interpuestos por Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía y Vox; se anuló el Acuerdo adoptado por la Junta Electoral Provincial de Barcelona de 24 de diciembre de 2019; se declaró que concurría la causa de inelegibilidad sobrevenida del artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG) en la persona del recurrente; se dejó sin efecto su credencial de diputado electo al Parlamento de Cataluña, al haber sido condenado por Sentencia no firme dictada el 19 de diciembre de 2019 (procedimiento abreviado 1/2019) por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y se ordenó a la Junta Electoral Provincial de Barcelona que declarase vacante su credencial como diputado del Parlamento de Cataluña, por la circunscripción electoral de Barcelona, a los efectos oportunos. En particular, a fin de que se expidiera la credencial al siguiente candidato de la lista del partido Junts per Catalunya, por el que el interesado concurrió a las elecciones autonómicas catalanas de 21 de diciembre de 2017.

La Sentencia aludida impuso al recurrente, además de una pena de multa, la de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y estatal, por tiempo de un año y seis meses, por considerarle autor de un delito de desobediencia tipificada en el art. 410.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, precepto incluido en su Título XIX, "Delitos contra la Administración Pública".

El 8 de enero de 2020 se interpuso recurso contencioso-administrativo, tramitado mediante el procedimiento especial, preferente y sumario, para la protección de los derechos fundamentales previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), contra la mencionada Resolución de la Junta Electoral Central.

En el suplico de su escrito, y mediante otrosí, el recurrente solicita a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que, al amparo del artículo 135 de la LJCA, se adopte la medida cautelar provisionalísima, adoptada sin audiencia previa de la parte contraria, de suspender la eficacia y ejecutividad de la Resolución impugnada, a fin de evitar la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Resumidamente, se considera que la ejecución del acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 ocasionaría al recurrente un perjuicio grave e irreparable, extensivo a la Cámara en su conjunto, a los Diputados del Parlamento de Cataluña y al conjunto de los ciudadanos que lo eligieron como diputado.

II. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

En primer lugar, para invocar la especial urgencia que exige la aplicación del artículo 135.1, en conexión con el artículo 130.1, ambos de la LJCA, el recurrente argumenta que el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 impugnado deja sin efecto su credencial de diputado, ordenando a la Junta Electoral Provincial de Barcelona que declare vacante su escaño y expida la correspondiente credencial al siguiente candidato de la lista por la que concurrió a las elecciones al Parlamento de Cataluña.

Conforme al artículo 130.1 de la LJCA, la medida cautelar puede acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y de conformidad con el artículo 135.1, cuando se alegara la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal, sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días y mediante Auto irrecurrible, podrá apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, dando audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o convocando a las partes a una comparecencia en los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo o celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales. La otra opción es que no se aprecien las circunstancias de especial urgencia invocadas; en tal caso se ordenará la tramitación del incidente cautelar en la forma ordinaria, conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida cautelarísima alguna.

Alega también que el acuerdo de la Junta Electoral Central carece de habilitación legal porque no es un acto que pueda dar lugar al cese como diputado del recurrente, apoyando sus pretensiones en la Sentencia 844/2019, de 18 de junio de la propia Sala Tercera, y en el Auto de 16 de julio de 2018 que la precedió (recaídos ambos en el recurso 252/2018). También se invocan posibles precedentes en sede cautelar del Tribunal Constitucional, aunque reconoce que son escasos los pronunciamientos de fondo del Tribunal Constitucional al respecto.

Continúa sosteniendo que no puede aportar jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo referida al ámbito parlamentario

porque la Junta Electoral Central nunca había pretendido atribuirse de forma “tan groseramente ilegal” la competencia para enjuiciar las situaciones de incompatibilidad de los parlamentarios o para declarar el cese de éstos, competencias que sólo corresponden a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que es la llamada a revisar la sentencia penal no firme dictada en contra del recurrente y al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, órgano jurisdiccional competente para ejecutar la sentencia que se dicte. Ello sobre la base de las Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1984, de 28 de febrero y 7/1992, de 16 de enero, estimatorias ambas de recurso de amparo, así como en los Autos del Tribunal Constitucional 981/1988 y 54/1989, cuyas circunstancias detalla, entre otros. Infiere de todo ello que se daría el presupuesto del artículo 135.1 LJCA para suspender cautelarmente, invocando la presunción de inocencia, y varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a efectos del artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se sostiene también la inconstitucionalidad del artículo 6.2 b), en relación con su artículo 6.4, de la LOREG, con solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de una posible vulneración de la presunción de inocencia.

Al respecto, el mencionado artículo 6.2 dispone que

Son inelegibles:

a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.

b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabi-

litación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.

Mientras que el artículo 6.4 establece que:

Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. Las causas de incompatibilidad se regirán por lo dispuesto para cada tipo de proceso electoral.

En todo caso serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme, así como los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme. La incompatibilidad surtirá efecto en el plazo de quince días naturales, desde que la Administración Electoral permanente comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiere resultado electo.

Si durante el ejercicio del mandato al que haya accedido tras haber explicitado dicha declaración, la persona electa se retractase, por cualquier medio, de la misma o mostrara contradicción, a través de hechos, omisiones o manifestaciones, respecto de su contenido, quedará definitivamente incurso en la causa de incompatibilidad regulada en este apartado. La incompatibilidad surtirá efecto a partir de la notificación realizada al efecto

por la Administración Electoral permanente, por sí o a instancia del Gobierno a través de la Abogacía del Estado o del Ministerio Fiscal.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, el afectado y, en su caso, el Gobierno a través de la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal podrán interponer recurso ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los plazos previstos en el artículo 49 de la presente ley.

El mismo régimen de incompatibilidad se aplicará a los integrantes de la candidatura de la formación política declarada ilegal que sean llamados a cubrir el escaño vacante, incluidos los suplentes.

El recurrente y solicitante de la tutela cautelarísima concluye que la denegación de la medida cautelar solicitada vulneraría, no solo el derecho fundamental invocado, sino también los derechos constitucionales a la igualdad, sufragio pasivo, presunción de inocencia, legalidad penal y tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho a la tutela judicial cautelar, en relación con los derechos reconocidos por los artículos 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como otros conexos. Y finaliza insistiendo en que existe un vicio de nulidad radical por la usurpación, por parte de la Junta Electoral Central, de competencias que corresponden al Parlamento de Cataluña, siendo obligada la adopción de medidas cautelarísimas para evitarlo.

En particular, el artículo 6 del Convenio es el que reconoce el derecho a un proceso equitativo. En su primer apartado, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva por tribunal penal o civil independiente, en una causa y con una Sentencia públicas; en su segundo apartado, reconociendo el principio

de presunción de inocencia y sus diferentes manifestaciones, y en el tercero haciendo lo propio respecto de los conocidos derechos del acusado a conocer la acusación formulada contra él, la asistencia letrada, no declarar contra sí mismo, etc. El artículo 14 del Pacto tiene un contenido similar a los efectos que nos ocupan.

III. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

En su primer Razonamiento jurídico, la Sala comienza recordando que la figura de las medidas cautelares está concebida para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo pueda poner en peligro el cumplimiento de la resolución que le ponga fin. Se incide en que mediante ella se adoptan medidas que *aseguren la efectividad de la sentencia*, como expresa el artículo 129.1 de la LJCA (y a tal fin, invoca los Autos de 16 de julio de 2018 (cautelares 252/2018), 12 de abril de 2018 (cautelares 69/2018) ó 27 de noviembre de 2017 (cautelares 632/2017).

Y ello para posteriormente apuntar ya el objeto que resuelve el auto: la petición de una medida cautelar que se adopte mediante un procedimiento especial, sumario, sin audiencia inicial a la parte contraria, previsto para circunstancias de especial urgencia en el artículo 135 de la LJCA y que el recurrente considera concurren. Un procedimiento respecto del que, con reiteración (se mencionan, a modo de ejemplo, los Autos de 9 de enero de 2020 (cautelares 5/2020), 16 de octubre de 2019 (cautelares 380/2019) ó 16 de enero de 2017 (Recurso 4/2017) se ha establecido que sólo puede ser utilizado cuando a la necesidad de tutela cautelar se añaden, de manera demostrable circunstancias adicionales que transforman la urgencia o necesidad de

mayor intensidad que la que resulta exigible para la adopción de medidas cautelares ordinarias, que se adoptan previo inicio del oportuno incidente con audiencia de ambas partes.

La Sala no considera que en los noventa y cuatro folios del recurrente se concreten o justifiquen las circunstancias de especial urgencia que concurren para adoptar una decisión inaudita parte, obviando el *iter* procesal habitual, ya que se centra en justificar la ilegalidad de una posible Sentencia que afecte al escaño del recurrente, un argumento de fondo o en cualquier caso relativo al *fumus boni iuris* del incidente cautelar ordinario, pero no referido a la urgencia que se exige acreditar. Argumento de fondo en el que no procede entrar ni sirve para valorar la estimación de la medida solicitada, como tampoco entiende el Tribunal que lo sea el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad o de prejudicialidad al TJUE (imposible de adoptar sin audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal conforme al art. 35.2 de la LOTC) respecto del artículo 6.2 b) de la LOREG en relación con su artículo 6.4, la alusión a la confusión entre inelegibilidad e incompatibilidad en que habría incurrido la JEC, o la posible incompetencia de ésta para adoptar dicha decisión, indicando que toda esa argumentación precisamente evidenciaría que la falta de amparo legal del acuerdo que se recurre no es tal.

Además de la falta de acreditación de la urgencia, como requisito básico de la adopción de una medida cautelarísima, se descarta que el acuerdo impugnado vulnere derechos fundamentales y que la no suspensión del acuerdo de la JEC irrogaría un daño irreparable al derecho del recurrente (artículo 23 CE, artículo 3 del Protocolo 1 del CEDH y demás derechos fundamentales conexos que se invocan), ni tampoco el derecho a la presunción de inocencia. Y ello porque la afectación de los derechos que se invocan

se conecta a la vigencia de los artículos 6.2 b) y 6.4 de la LOREG respecto de los que no cabe pronunciarse en esta actuación procesal, y que además fueron considerados e interpretados en la Sentencia de la propia Sala 438/2019, de 1 de abril, recaída en un recurso de casación por interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Y respecto del artículo 3 del Protocolo 1 del CEDH, la Sala entiende que la regulación de la LOREG que se critica parece encontrarse dentro del margen de maniobra que el citado Protocolo concede a los Estados (Sentencia *Danoka vs. Letonia*, de 16 de marzo de 2006).

Tampoco se aprecia irreparabilidad del daño, que se vincula, como “*periculum in mora*”, a la eficacia del acuerdo, en caso de que no sea suspendido. La sentencia 844/2019, de 18 de junio y el Auto que la precedió de 16 de julio de 2018 (recaídos ambos en el recurso 252/2018) invocados muestran, en contra de lo que se sostiene, la posibilidad de suspender y, en su caso anular, credenciales emitidas por la propia Junta Electoral Central, en caso de que se acredite que han perdido el sustento legal que las motivaba.

Por todo ello, se deniega la medida cautelarísima solicitada y se da traslado para alegaciones al Ministerio Fiscal y al representante de la Junta Electoral Central, pasando a tramitarse la petición como incidente cautelar ordinario.

IV. COMENTARIO

La tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución, y además en un sentido amplio (entre otras, [STC 148/1993](#)). Los plazos necesarios para que se dicte una Sentencia que resuelva el fondo de un litigio, o

la resolución que haga lo propio con un procedimiento administrativo, pueden motivar que la decisión adoptada constituya un supuesto de justicia imposible, dada su ineficacia sobrevenida, por diferentes motivos.

Para posibilitar la eficacia de las resoluciones administrativas y jurisdiccionales, la legislación administrativa y procesal ha incorporado el mecanismo de la adopción de medidas cautelares, generalmente (pero no exclusivamente) de suspensión de los actos impugnados. Dicha opción se manifiesta a través de un incidente que, dotado de celeridad, se tramita paralela y separadamente y que debe ser resuelto en un plazo breve, pero garantizando los derechos de todas las partes intervinientes (y, en el ámbito contencioso-administrativo especialmente, el interés general): el incidente cautelar. El hecho de que, además, dicho incidente se produzca en el seno del procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales previsto inicialmente en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y actualmente en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Auto que comentamos aborda la procedencia (o no) del procedimiento cautelar especial previsto en el artículo 135 de la LJCA para la obtención de la tutela cautelar solicitada por el recurrente. La adopción ordinaria de medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso – administrativo, conforme al artículo 131, *se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada*. Pero el artículo 135.1 posibilita un procedimiento más rápido que el indicado, disponiendo que

Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto: a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales; en cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63, o n) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

Este segundo procedimiento es el invocado por el recurrente. Y al respecto, su aplicación tiene como condicionante la existencia de circunstancias de especial urgencia que no permitan utilizar el cauce ordinario, el del artículo 131.

La Sala entiende que no se ha incidido ni demostrado que dicha especial urgencia concurre. Y lo cierto es que de la lectura del Auto parece deducirse que es así. Ciertamente, la estimación de una medida cautelar o cautelarísima exige acreditar un *fumus boni iuris* mínimo y acreditar los perjuicios que implicará no adoptar la medida, pero en el caso de estas últimas el elemento de justificar la especial urgencia se constituye en esencial, y la realidad es que no consta dicha circuns-

tancia, centrándose la argumentación en la vulneración de derechos y otras consideraciones, que pueden ser parte de la apariencia de buen Derecho pero que no excluyen su valoración en el incidente cautelar ordinario.

Así, la invocación a la [Sentencia 844/2019, de 18 de junio de la propia Sala Tercera](#) del Tribunal Supremo, y al Auto de 16 de julio de 2018 que la precedió (recaídos ambos en el recurso 252/2018), entendemos que no resulta plenamente aplicable al caso. En el supuesto concreto aludido, en el ámbito de la Administración local, dos personas que cesaron en su condición de electas por una condena por prevaricación que fue posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional fueron repuestas a su situación, previa revocación de las credenciales expedidas a quienes fueron sus sustitutos, los siguientes en la lista. Es cierto que se estimó la suspensión cautelar de la Resolución de la Junta Electoral Central, pero el *iter* temporal así lo exigía, dado que los interesados habían sido condenados por la Audiencia Provincial de Almería en Sentencia de 21 de abril de 2017, la Resolución de la Junta Electoral Central impugnada se dicta el 9 de mayo de 2018 y la Sentencia del Tribunal Constitucional que anula la primera es de 4 de junio de 2018, suspendiéndose cautelarmente dicha Resolución mediante Auto de 16 de julio de 2018. E incluso puede permitir entender que es viable revocar las credenciales del sucesor del recurrente en el Parlamento de Cataluña, en un período además reducido de tiempo (el que tarde en resolverse el incidente cautelar, incluso menos aún porque todavía no se había ejecutado la medida).

Y, de igual modo, la invocación de las [Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1984, de 28 de febrero](#) y [7/1992, de 16 de enero](#), tampoco guardan una conexión íntima con el supuesto que nos ocupa. En particular, la segunda de ellas concede el amparo solicitado por el demandante no por el hecho de que su

condición de electo no pueda verse incidida por una condena penal (conforme a la legislación aplicable en aquel momento), debatiéndose si procede cese o suspensión, sino porque los trámites previstos para ello en el Parlamento de Cantabria fueron incumplidos (así, FJ Cuarto: *el derecho constitucional de los titulares de cargos de representación política a permanecer en ellos solamente puede ser extinguido, en virtud del art. 23.2, por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos (STC 28/1984, antes citada), por lo que, en cualquier caso, en el supuesto ahora enjuiciado no se siguieron los trámites previstos por el art. 160 LOREG y sus concordantes del Reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria (especialmente sus arts. 17 y 46). En efecto, la existencia de una hipotética situación de incompatibilidad, con arreglo a tales preceptos, no puede ser efectuada unilateralmente por la Presidencia de la Asamblea, haya oído o no a la Mesa y a la Junta de Portavoces. Esta tarea queda reservada a una Comisión parlamentaria, que en la Asamblea Cántabra es la del Estatuto del Diputado; la cual, además, queda relegada a unas atribuciones de mera propuesta, pues el Reglamento de la Asamblea de Cantabria reserva al Pleno la declaración final de incompatibilidad, que constituye al afectado en la obligación de optar o de renunciar al escaño, por lo que, aun si los preceptos legales en vigor hubieran configurado a la pena de suspensión de cargo público como una causa de incompatibilidad generadora del cese del Diputado, y no de su mera suspensión, el acto impugnado hubiera sido nulo por prescindir de los trámites esencia-*

les del procedimiento legalmente establecido para declarar este tipo de incompatibilidades).

Sin embargo, más allá de la fundamentación de fondo, aportada como apariencia de buen Derecho, y la mención de los perjuicios a ocasionar (que se sostienen con relevancia de afectación a derechos fundamentales), una cosa es la entidad de los perjuicios y la solidez de la argumentación y otra la existencia de una especial urgencia, que no tiene que ser inherente necesariamente. Y, además, una suspensión inaudita parte implica que no pueda existir pronunciamiento sobre la afectación a los intereses generales (no ya de parte), tal y como dispone el artículo 130.2 de la LJCA.

La resolución, aunque contiene algún pronunciamiento sobre otros aspectos (también de forma desfavorable para el recurrente), es obviamente de contenido formal, y su contenido desestimatorio se fundamenta en la no acreditación de una especial urgencia para utilizar el cauce del artículo 135.1 por parte del solicitante, y por ello remite al procedimiento cautelar ordinario del artículo 131, a través del que se abordará la petición de manera contradictoria y con plenas garantías para todas las partes y el interés general.

[1] Miembro del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J (Cód. Ref. S07_17D). Trabajo elaborado con la colaboración del Programa Operativo FEDER Aragón 2014-2020, "Construyendo Europa desde Aragón".

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, N° 1631/2019, DE 26 DE NOVIEMBRE. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Autor: Germán García Calle

Cargo: Interventor-tesorero de administración local. Interventor del Ayuntamiento de Polanco (Cantabria)

Resumen: El presente comentario de la STS N.º 1631/2019, de 26 de noviembre, versa sobre las relaciones existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos que cohabitan dentro de un Estado miembro de la Unión Europea y las relaciones de conflicto que pueden derivarse de ella. El principio de responsabilidad, desde el prisma de la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, se articula como el mecanismo de derivación de la misma a aquella Administración Pública que, con su actuación, provoque el incumplimiento de las normas de Derecho comunitario.

Palabras clave: incumplimiento normativa comunitaria, derivación responsabilidad, Estado descentralizado, principio de responsabilidad, control interno.

Abstract: The present commentary of the Spanish Supreme Court Sentence No. 1631/2019, of November 26, deals with the existing relations between the different legal systems that cohabit within a Member State of the European Union and the conflict relations that may derive from it. The principle of responsibility, from the prism of the legislation on budgetary stability and financial sustainability, is articulated as the mechanism of derivation of this responsibility to that Public Administration, with its action, causes the breach of the norms of community law.

Keywords: non compliance with EU law; derivation responsibility; decentralized state; principle of responsibility; internal control

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
- II. EL ESTADO AUTONÓMICO Y DERECHO COMUNITARIO: ÁMBITO COMPETENCIAL
- III. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY ORGÁNICA DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA
- IV. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
- V. EL CONTROL INTERNO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
- VI. CONCLUSIONES

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La [Sentencia del TS, Sala de lo C-A¹, N.º 1631/2019, de 26 de noviembre](#), resuelve un contencioso existente entre la Administración General del Estado y la Generalidad de Cataluña, relativo a la responsabilidad por el incumplimiento de normas de Derecho comunitario. En concreto, se recurre ante el Tribunal Supremo la Resolución de 1 de marzo de 2018, del Fondo Español de Garantía Agraria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2018² (BOE de 15 de marzo de 2018), en virtud del cual se repercute a la Comunidad Autónoma de Cataluña las sanciones impuestas al Reino de España por vulneración de normativa comunitaria.

En esta interesante sentencia tendremos oportunidad de observar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de un Estado, como es el español, que a su vez forma parte de una organización de Derecho internacional público, como es la Unión Europea, la cual, a su vez, dispone de un ordenamiento jurídico propio, cuyos efectos se despliegan en todo su ámbito territorial.

Las reglas relativas a la coordinación del ejercicio de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas vinieron a ser modificadas por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, norma que impuso un nuevo paradigma en el conjunto de las Administraciones Públicas, si bien, como veremos, no todos los principios recogidos en dicha norma fueron plenamente innovadores, sino que algunos ya existían en nuestro ordenamiento jurídico.

En concreto, en el caso que nos ocupa, se repercuten dos conceptos diferentes, por las correcciones financieras por impor-

te de 2.592.830,52 euros (investigación FV/2012/002/ES) y por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, por importe de 153.693,61 € (investigación XP/20140027ES).

La imposición de las sanciones pecuniaras anteriores, en síntesis, se impusieron al Reino de España por dos razones. El procedimiento de correcciones financieras fue consecuencia de las deficiencias relativas al reconocimiento de la actividad principal de la organización de productores de frutas y hortalizas pluriautónomica³. El segundo de los procedimientos, el de imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa comunitaria, se refiere, fundamentalmente, a la *falta de controles cruzados con terceros que intervienen con anterioridad o posteriormente* y la falta de *un adecuado análisis de riesgos*.

Para determinar si la Administración del Estado o la Administración autonómica, en este caso, es la generadora del incumplimiento de la norma comunitaria correspondiente, debemos estar a la determinación del órgano competente para el ejercicio de la competencia en cuestión. En el supuesto que nos ocupa, se tratará de determinar qué Administración es la competente para el reconocimiento de la actividad principal de la organización de productores de frutas y hortalizas pluriautónomica, así como para la realización de los controles cruzados con terceros.

II. EL ESTADO AUTÓNOMICO Y DERECHO COMUNITARIO: ÁMBITO COMPETENCIAL

El conocido como Estado autonómico diseñado por la Constitución Española de 1978 se configura como un Estado descentralizado, tanto política como administrativamente, por lo que de la existencia de poderes

decisorios a nivel estatal y a nivel autonómico hace que las relaciones entre ambas instancias pueda ser una fuente generadora de conflictos.

En este sentido la propia Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, contempla, en el art. 2.1.c), como competencia propia de éste la resolución *De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí* (arts. 59 y ss LOTC).

Pero esta circunstancia cobra un nuevo sentido con la incorporación de España a la anteriormente conocida como Comunidad Económica Europea (CEE), actualmente Unión Europea (UE) tras el cambio de denominación operado por el Tratado de Maastricht⁴, con la firma del Tratado de Adhesión el 12 de junio de 1985 en Madrid, siendo efectiva dicha integración el 1 de enero de 1986. Es decir, nos encontramos con un Estado descentralizado, con pluralidad de ordenamientos jurídicos internos, estatales y autonómicos, que pertenece a una Entidad supranacional única en su especie, la cual, a su vez, dispone de un ordenamiento jurídico propio que afecta al conjunto de Estados miembros que integran dicha Entidad. Por todo ello, las relaciones de conflicto que puedan surgir entre todos estos ordenamientos jurídicos han de ser articuladas de modo que puedan resolverse mediante medios o mecanismos establecidos o previstos para ello.

En relación con las normas de Derecho comunitario, y en términos muy someros, debemos distinguir las normas de Derecho originario o primario de las normas de Derecho derivado, siendo las primeras los Tratados fundacionales, junto con los Tratados modificativos y los Tratados complementarios. En relación con el segundo tipo de normas, debemos distinguir los Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes. Las normas anteriores se clasifican,

a su vez, en normas vinculantes (Reglamentos, Directivas y Decisiones) y no vinculantes (Recomendaciones y Dictámenes). Se diferencian entre ellas en el efecto directo⁵, el cual puede ser vertical u horizontal, en función de si puede ser invocada directamente por particulares, en sus relaciones con otros particulares o frente a Estados miembros; y en la aplicabilidad o principio de primacía⁶ que se puedan predicar de las mismas.

Las relaciones entre el ordenamiento jurídico español y el Derecho de la Unión Europea han sido objeto de sendos informes del Consejo de Estado, de fechas 14 de febrero de 2008 y 15 de diciembre de 2010, viniendo el primero de ellos a satisfacer el encargo del Gobierno de fecha 23 de febrero, en virtud del cual se acordó *encomendar al Consejo de Estado la elaboración de un estudio sobre las cuestiones que, para la Administración General del Estado, plantea la inserción del Derecho europeo en nuestro ordenamiento*.

En lo que respecta a la incorporación de las normas de Derecho comunitario a nuestro ordenamiento jurídico nacional, cobra especial relevancia el caso de las Directivas. Dicha relevancia es atribuible a la necesidad de que sea dictada una norma de Derecho interno que venga a transponer la norma comunitaria al ordenamiento nacional. En este momento es donde debemos atender al sistema de atribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para determinar qué entidad territorial ha de ser la encargada de dictar la norma de transposición.

La incidencia de esta cuestión enunciada en el ámbito de la derivación de responsabilidad va a tener una importancia capital, como tendremos ocasión de comprobar. En este supuesto de hecho, las competencias traspasadas a la Generalidad de Cataluña fueron en 2005 sobre los programas operativos de todas las organizaciones de productores de

frutas y hortalizas, y, posteriormente, en el año 2009, fue traspasada la competencia sobre el reconocimiento de organizaciones de productores de más de una comunidad, siendo el periodo investigado los ejercicios 2012 y 2013.

En el caso que nos ocupa *Se cuestiona (...) la repercusión a la Comunidad Autónoma recurrente derivada de las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en relación con las correcciones financieras incluidas en la Decisión de Ejecución 2017/1144/UE, de 26 de junio de 2017 (investigación FV/2012/002/ES) (...)*. Por otro lado, el segundo de los procedimientos se inicia *Respecto de las debilidades observadas en la investigación XP/20140027ES, incumplimiento del control de las operaciones previstas en el título V, capítulo III del Reglamento UE 1306/2013, fundamentalmente la "falta de controles cruzados con terceros que intervienen con anterioridad o posteriormente" y la falta de "un adecuado análisis de riesgos" (art. 81)*. Por tanto, nos encontramos que entran en juego dos normas de Derecho comunitario, a saber, la Decisión de Ejecución 2017/1144/UE, de 26 de junio de 2017, y el Reglamento UE 1306/2013.

Con respecto al expediente FV/2012/002/ES, debemos atender a la previsión contenida en la Disposición Final 4ª del Real Decreto 1972/2008, de 28 de noviembre, sobre reconocimiento de organizaciones de productores de frutas y hortalizas⁷, la cual establece que *Con fecha 1 de enero de 2009, el seguimiento, retirada y control del reconocimiento de las entidades que han sido reconocidas por el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino hasta la fecha de publicación del presente real decreto, será asumida por la autoridad competente de la comunidad autónoma donde radique la sede social de la entidad*⁸. Es decir, atendiendo al contenido de este Real Decreto la competencia en materia de controles reside en la autoridad competente de

la Comunidad Autónoma en la que tenga su sede social la organización de productores en cuestión, en este caso, en Cataluña.

III. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY ORGÁNICA DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Se puede afirmar, sin riesgo a equivocarnos, que con la promulgación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF), las reglas del juego relativas a cualquier Administración Pública supusieron un importantísimo cambio. Con esta norma se viene a colmar la reserva de Ley Orgánica contenida en el art. 135 CE, modificado en fecha 27 de septiembre de 2011⁹.

Sin embargo, el principio de responsabilidad que recoge el art. 8 LOEPSF¹⁰, ya encontraba reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el art. 11 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria; y, posteriormente, y en el art. 10.5 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

Dentro de los principios generales reconocidos en la LOEPSF (arts. 5 y ss), siete en total, cuatro¹¹ de ellos ya venían recogidos en la normativa señalada en el párrafo precedente, habiendo incluido la LOEPSF los principios de sostenibilidad financiera (art. 4), principio de responsabilidad (art. 8) y principio de lealtad institucional (art. 9). En el caso que nos ocupa, cobra especial relevancia el principio de responsabilidad, al ser impuestas sanciones al Estado español como consecuencia del incumplimiento de normativa

comunitaria, y será éste en el que nos centraremos.

En la propia LOEPSF se recogen una serie de medidas clasificadas en medidas preventivas, correctivas y coercitivas; las cuales serán de aplicación en función del momento temporal en el que se encuentre el incumplimiento. Es decir, si estamos ante un riesgo de incumplimiento, pero éste aún no se ha producido, deberemos proceder a emplear las medidas preventivas, las cuales, con su aplicación, permitirán cumplir con los objetivos fijados a final de ejercicio. Si el incumplimiento del objetivo en cuestión ya se ha producido, por el contrario, habrán de ser aplicadas las medidas correctivas, que tendrán por objeto volver o retornar a la entidad al cumplimiento de dichos objetivos. Y, por último, si las medidas anteriores no han sido suficientes para cumplir los objetivos, se deberán aplicar medidas de cumplimiento forzoso y coactivo, que son las medidas denominadas como coercitivas.

Como vemos, las medidas contenidas en la LOEPSF se encuentran, todas ellas, encaminadas al cumplimiento de las obligaciones relativas a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y, por ende, a la no exigencia de responsabilidades por incumplimiento. Las medidas correctivas y coercitivas, siguiendo a GONZÁLEZ PUEYO, J. M., y VIGO MARTÍN, B.¹², son la expresión de la responsabilidad de cada Administración en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad, de deuda pública o de la regla de gasto.

Por tanto, el cumplimiento de los objetivos de la normativa en materia presupuestaria, por parte de todas las Administraciones Públicas, así como el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, evitará la aplicación del principio de responsabilidad y, por tanto, del inicio del procedimiento de derivación de la misma a la Administración incumplidora.

Debemos detenernos en el análisis del régimen jurídico del procedimiento de derivación de responsabilidades. Determina el párrafo primero del art. 8.1 LOEPSF que *Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea o las disposiciones contenidas en tratados o convenios internacionales de los que España sea parte, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado*. En este sentido, el punto segundo de la Disposición Adicional 2ª LOEPSF, afirma que *El Consejo de Ministros, previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas, será el órgano competente para declarar las responsabilidades previstas en los apartados anteriores y acordar, en su caso, la compensación o retención de dichas deudas con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario. En dicha declaración se tendrán en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas, de los tribunales internacionales o de los órganos arbitrales y se recogerán los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad. El acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado»*. Este es el procedimiento que se ha seguido por el Gobierno de España y que ha finalizado con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2018, por el que se aprueba la terminación del procedimiento de repercusión de responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea iniciado a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Contra este Acuerdo del Consejo de Ministro interpone la Generalidad de Cataluña el recurso contencioso-administrativo resuelto por la [STS 1631/2019, de 26 de noviembre](#).

En lo que respecta a la regulación reglamentaria del procedimiento de derivación de res-

ponsabilidades es el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, el que viene a desarrollar el mandato contenido en el punto tercero de la Disposición Adicional 2ª LOEPSF. En lo que respecta al empleo de una norma reglamentaria para el desarrollo de la ley orgánica en este punto, y siguiendo a PENSADO SEIJAS, A.¹³, cabe afirmar que *El informe del Consejo de Estado de 15/12/2010 exponía como mecanismo para atajar el problema de las posibles consecuencias del incumplimiento del Derecho Comunitario la creación de una Ley ordinaria, relacionando los arts. 149.1.3.ª (LA LEY 2500/1978) y 93 de la CE. Pese a no requerir una Ley Orgánica, según el criterio del máximo órgano consultivo del Estado, recalca que la aprobación de la Ley debe contar con una amplia mayoría parlamentaria. Sin embargo el legislador estatal ha hecho caso omiso del informe del Consejo de Estado en este aspecto y se ha decantado por la promulgación del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio (LA LEY 11074/2013), por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.*

El autor realiza una valoración no muy favorable de este Real Decreto, cuando manifiesta que *La práctica, será la que en la aplicación futura de este nuevo texto legal, saque a relucir sus carencias y virtudes, aunque a priori la reforma del mismo parece necesaria a corto plazo.*

Se trata, pues, esta norma de un reglamento de novedoso contenido porque, hasta el momento, no existía norma similar, sino que, tal y como reconoce la exposición de motivos del Real Decreto 515/2013, *hasta la fecha sólo existían regulaciones dispersas y de carácter sectorial en determinadas materias, como son la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea, los compromisos adquiridos en materia de estabilidad presupuestaria, en*

materia de aguas o los servicios del mercado interior.

El procedimiento diseñado para la derivación de responsabilidades se caracteriza por ser un procedimiento no sancionador, *sino que se limita a derivar responsabilidades y para ello se establecen los criterios y procedimiento a seguir para determinar y repercutir las mencionadas responsabilidades.*

Centrándonos en el contenido sustantivo de este Real Decreto, debemos partir por considerar qué es lo que se entiende por incumplimiento, a saber, cuando se realicen actuaciones u omisiones contrarias al Derecho comunitario, distinguiendo el art. 3.3., los siguientes supuestos:

- a) Transposición tardía de directivas europeas al ordenamiento jurídico.
- b) Transposición incorrecta de directivas europeas al ordenamiento jurídico.
- c) Adecuación tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.
- d) Mantenimiento en vigor o aprobación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea.
- e) Falta de ejecución o ejecución incorrecta de sentencias, actos o decisiones dictados por las instituciones europeas.

Es el art. 4 RD 515/2013 el que determina la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, remitiendo a su D.A. 5ª para la determinación del criterio de competencia, en el caso de fondos europeos agrícolas.

Los arts. 7 y ss de este Real Decreto regulan, englobados en tres capítulos, las diferentes fases del procedimiento: iniciación (arts. 7 a 10), instrucción (arts. 11 a 13) y finalización (arts. 14 a 18).

IV. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La imposición de sanciones por incumplimiento de la normativa de Derecho comunitario, tiene la característica de que las mismas no son impuestas a la Administración Pública incumplidora, a no ser que ésta sea la propia Administración General del Estado, sino que siempre son sanciones impuestas al Reino de España, por venir así establecido en los Tratados comunitarios. Sin embargo, nada obsta para que, posteriormente, a través del procedimiento recogido al efecto y regulado por el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, se determinen, como hemos tenido ocasión de ver, las responsabilidades atribuibles al verdadero incumplidor. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la [Sentencia 757/2017, de 4 de mayo](#), cuando manifiesta que *Si bien frente a las instituciones comunitarias la asunción ad extra de la responsabilidad por incumplimientos de derecho comunitario (en la materia que nos ocupa de procedimiento de déficit excesivo) corresponde en exclusiva al Estado, en virtud del artículo 3 del protocolo 12 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957), sin embargo el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente, en las sentencias 215/2014 (FJ 9), 31/2016 (FJ 4) y en las allí citadas, que esa responsabilidad ad extra de la Administración del Estado no le impide "repercutir ad intra", sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda (SSTC 79/1992, de 28 de mayo (LA LEY 1938-TC/1992), FJ 5; 148/1998, de 2 de julio (LA LEY 8313/1998), FJ 8; 96/2002, de 25 de abril (LA LEY 4498/2002), FJ 10; 188/2011, de 23 de noviembre (LA LEY 239506/2011), FJ 9; 196/2011, de 13 de diciembre (LA LEY 252016/2011), FJ 11; 198/2011, de 13 de diciembre (LA LEY 252021/2011), FJ 14 36/2013, de 14 de febrero (LA LEY 11233/2013), FJ 9; y 130/2013, de 4 de junio, FJ 9).*

Más concretamente, respecto de una previsión similar a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2012 (LA LEY 7774/2012) –la contenida en los artículos 4 de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre (LA LEY 1650/2001) y 11 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre–, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la citada [STC 31/2016 \(LA LEY 15398/2016\)](#), que "corresponde al Estado establecer los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias' (SSTC 188/2011, de 23 de noviembre (LA LEY 239506/2011), FJ 9; 196/2011, de 13 de diciembre (LA LEY 252016/2011), FJ 11; 198/2011, de 13 de diciembre (LA LEY 252021/2011), FJ 15; 36/2013, de 14 de febrero (LA LEY 11233/2013), FJ 9; y 130/2013, de 4 de junio (LA LEY 87220/2013), FJ 9)" y que "la atribución al Consejo de Ministros de la competencia para declarar la concreta responsabilidad individual derivada del incumplimiento de las normas de Derecho de la Unión Europea, no es lesiva de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas del art. 137 CE (LA LEY 2500/1978)" [STC 215/2014 (LA LEY 181883/2014), FJ 9 b)]."

En la anterior STS queda claramente descartado el argumento de la Comunidad Autónoma recurrente¹⁴, en virtud del cual considera que ha de ser el Estado español el que asuma la responsabilidad por el incumplimiento de la normativa comunitaria, al ser una sanción impuesta a la Administración General del Estado y no a la Comunidad Autónoma. Sin embargo, reflexiona el TS que *la Decisión (UE) 2015/1289 (LA LEY 12391/2015), de 13 de julio, del Consejo de la Unión Europea, en las consideraciones que fundamentan su parte dispositiva, expone que la Comisión abrió una investigación relativa a la manipulación de estadísticas en España (Considerando 3), cuyos resultados fueron recogidos en el Informe de 7*

de mayo de 2015 (Considerando 4), y en dicho Informe la Comisión concluyó "que una entidad del sector de la Administración general de España, la Intervención General de la Comunidad Valenciana, incurrió en negligencia grave por la ausencia de registro de gastos sanitarios y el incumplimiento del principio del devengo en las cuentas nacionales, lo que dio lugar a una notificación incorrecta de los datos de déficit público de España a la Comisión (Eurostat) en marzo de 2012" (Considerando 5).

Es decir, al encontrarnos ante un Estado descentralizado administrativa y políticamente, debemos estar al sistema de distribución de competencias para determinar cuál es la Administración incumplidora del Derecho comunitario, y será a quien se imponga la correspondiente sanción, habiéndose aprobado un reglamento que regula el procedimiento a seguir para dicha repercusión. En el contencioso que estamos analizando, a la vista de las delegaciones efectuadas en materia de controles de este tipo de organizaciones, parece claro que dicha competencia le corresponde a la Comunidad Autónoma.

V. EL CONTROL INTERNO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El procedimiento de investigación XP/20140027ES, por incumplimiento de normas de Derecho comunitario, fundamenta la imposición de sanciones al Reino de España por la ausencia o falta de la realización de controles, por lo que habrá de determinarse cuál es el órgano competente para la realización de dichos controles. Respecto de las debilidades observadas en la investigación XP/20140027ES, incumplimiento del control de las operaciones previstas en el título V, capítulo III del Reglamento UE 1306/2013, fundamentalmente la *falta*

de controles cruzados con terceros que interviene con anterioridad o posteriormente y la falta de un adecuado análisis de riesgos (art. 81). En este sentido, es necesario, siguiendo a GUILLEM CARRAU, J., ubicar o definir la corrección financiera, quien manifiesta que *Constatada que la causa principal de los errores son las deficiencias en los sistemas de gestión y control a escala estatal, y descartada la posibilidad de realizar controles previos integrales por la insuficiencia de medios, la operación jurídico-presupuestaria de la corrección financiera se sitúa como la clave de bóveda del principio de eficiencia presupuestaria en la UE*¹⁵.

La derivación de las responsabilidades a la Comunidad Autónoma en cuestión se debe a que los controles a los que estaban sometidos las ayudas no fueron realizados por los órganos de control interno de la propia Comunidad Autónoma, considerando ésta que el organismo encargado de ellos era la propia Administración General del Estado. Entiende la Generalidad de Cataluña que el servicio específico independiente de control, al que se refiere el art. 85 del Reglamento UE 1306/2013 es la IGAE. Sin embargo, no se tiene en cuenta que el art. 45.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, dispone que *En las ayudas financiadas por el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agraria, la Intervención General de la Administración del Estado realizará los cometidos asignados al servicio específico contemplado en el artículo 11 del Reglamento (CEE) n.º 4045/89 del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (FEOGA), sección Garantía. Los controles previstos en el Reglamento (CEE) n.º 4045/89 serán realizados, de acuerdo con sus respectivas competencias, por los siguientes órganos y entidades de ámbito nacional y autonómico:*

- a) *La Agencia Estatal de Administración Tributaria.*
- b) *Los órganos de control interno de las Administraciones de las comunidades autónomas.*

La Intervención General de la Administración del Estado, como servicio específico para la aplicación del referido reglamento:

- a) *Elaborará los planes anuales de control en coordinación con los órganos de control de ámbito nacional y autonómico.*
- b) *Será el órgano encargado de la relación con los servicios correspondientes de la Comisión de la Unión Europea en el ámbito del Reglamento (CEE) n.º 4045/89, centralizará la información relativa a su cumplimiento y elaborará el informe anual sobre su aplicación, según lo previsto en los artículos 9.1 y 10.1.*
- c) *Efectuará los controles previstos en el plan anual cuando razones de orden territorial o de otra índole así lo aconsejen.*
- d) *Velará por la aplicación en España, en todos sus términos, del Reglamento (CEE) n.º 4045/89.*

A este respecto considera el Tribunal Supremo que *De manera que el control por la Intervención General del Estado, siendo fundamental, no excluye el control de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y por lo tanto la repercusión de las responsabilidades que deriven de sus incumplimientos.*

Desde este planteamiento cobra relevancia el hecho de que la Comunidad Autónoma recurrente, como las demás, tenga asumidas competencias sobre la materia, habiendo constituido Organismos Pagadores, como autoriza el Reglamento Delegado (UE) n.º 907/2014 de la Comisión, de 11 de marzo de 2014, que completa el Reglamento (UE) n.º 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los organismos pagadores y otros órganos, la gestión financiera, la liquidación de cuentas, las garantías y el uso del euro, cuyo art. 1 señala

que, como tales, deberán ofrecer, entre otras, garantías suficientes de que "llevará a cabo los controles establecidos por la legislación de la Unión", y en congruencia con la normativa europea, el Real Decreto 92/2018, de 2 de marzo, por el que se regula el régimen de los organismos pagadores y de coordinación con los fondos europeos agrícolas, FEAGA y FEADER, señala en el art. 1.2, qué se entiende por Organismo pagador: "el servicio u organismo autorizado por la autoridad competente para la gestión y control del pago de gastos con cargo al FEAGA y al FEADER".

Ello supone, consecuentemente, la actuación en el ámbito de esas competencias, de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Cataluña, para desarrollar las funciones de control que le corresponden respecto de la actividad de la Administración autonómica.

Por tanto, la cuestión central está en determinar cuál es la Administración encargada u obligada de realizar estos controles para poder imputar la responsabilidad por infracción del ordenamiento comunitario, y, en su caso, derivar las correspondientes responsabilidades. En este sentido, el art. 5.3 del Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, dispone que *En los casos de los fondos europeos agrícolas, la Administración General del Estado y los organismos pagadores que de acuerdo con sus respectivas competencias realicen actuaciones de gestión y control de las ayudas financiadas por estos fondos, instrumentadas o no en programas operativos, asumirán las responsabilidades que se deriven de sus actuaciones de acuerdo con el criterio de competencia de conformidad con lo previsto en la disposición adicional quinta. Y, finalmente, esta D.A. 5ª afirma, bajo la rúbrica de "Especialidades para la determinación de la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión Europea en el ámbito de los fondos europeos agrícolas", que En los casos de responsabilidad concurrente previstos en el artículo 5 que se refieran a incumplimientos en el ámbito de los*

fondos europeos agrícolas se aplicará el criterio de competencia de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Los organismos pagadores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto 327/2003, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de los organismos pagadores y de coordinación con el FEOGA-Garantía, asumirán el pago de las correcciones financieras, en los siguientes casos y materias:

a) Por causas derivadas de la gestión, resolución, pago, control y régimen sancionador de ayudas en las que tenga atribuidas competencias.

Como vemos, en conclusión, la postura del Tribunal Supremo a este respecto es clara, manteniendo que la competencia para el ejercicio de los controles es de la Comunidad Autónoma, siendo la intervención general de ésta la encargada de acometer dicha tarea, al tratarse de una materia de su competencia, a saber, la gestión y control del pago de gastos con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER).

VI. CONCLUSIONES

Del análisis y comentario de la Sentencia del TS, Sala de lo C-A, N.º 1631/2019, de 26 de noviembre, podemos inferir cuáles son las consecuencias y reacciones derivadas de la cohabitación de varios ordenamientos jurídicos para un Estado. En nuestro caso concreto, se trata de un Estado miembro de la Unión Europea que, a su vez, se le une la circunstancia de ser un Estado descentralizado, administrativa y políticamente.

La pertenencia de España a la Unión Europea exige el compromiso del cumplimiento de las normas de ésta que integran el acervo comunitario, como respuesta directa a la correlativa cesión de soberanía en aquellos ámbitos competenciales en los que así se haya decidido.

El incumplimiento de las normas comunitarias, sin importar cuál sea la Administración incumplidora, tendrá, como consecuencia directa, la imposición de sanciones al Reino de España. Será ya, posteriormente, en el seno del procedimiento de determinación y repercusión de responsabilidades, aprobado por el Real Decreto 515/2013, cuando se imputarán dichas responsabilidades a la Administración concreta que haya provocado el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. En el seno del citado procedimiento es donde se derivan multitud de relaciones de conflicto entre el Estado y Comunidades Autónomas u otras Administraciones, de ahí que sea relevante el análisis del supuesto de hecho presentado en esta Sentencia.

[1] El art. 12.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, atribuye a la Sala de lo C-A del TS el conocimiento de los recursos que se interpongan contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros.

[2] Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2018, por el que se aprueba la terminación del procedimiento de repercusión de responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea iniciado a la Comunidad Autónoma de Cataluña el 25 de agosto de 2017.

[3] El Real Decreto 1972/2008, de 28 de noviembre, sobre reconocimiento de organizaciones de productores de frutas y hortalizas, en su art. 11, establece la obligatoriedad, por parte del órgano competente, de *realizar un control sobre el terreno en los locales de la organización de productores con el fin de garantizar la conformidad con los criterios de reconocimiento.*

- [4] Firmado el 7 de febrero de 1992 en la ciudad holandesa de Maastricht, el cual entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.
- [5] La Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963 (Asunto Van Gend en Loos), fue la primera que vino a establecer la aplicabilidad directa del Derecho comunitario frente a los tribunales de justicia de los Estados integrantes de la Unión.
- [6] La Sentencia del Tribunal de Justicia sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), vino a reconocer la primacía del Derecho comunitario frente al Derecho de los Estados miembros.
- [7] Norma actualmente derogada por la disposición derogatoria única del Real Decreto 532/2017, de 26 de mayo, con efectos de 1 de junio de 2017.
- [8] NUFRI, SAT, fue reconocida como organización de productores de frutas y hortalizas pluri autonómica, por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en el año 1997.
- [9] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-15210
- [10] El art. 8.1, primer párrafo, afirma que *Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea o las disposiciones contenidas en tratados o convenios internacionales de los que España sea parte, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado.*
- [11] Principio de estabilidad presupuestaria, principio de plurianualidad, principio de transparencia y principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos.
- [12] GONZÁLEZ PUEYO, J. M., y VIGO MARTÍN, B. "Manual de Presupuestos y Contabilidad de las Corporaciones Locales". 8ª edición, diciembre 2014. El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley). pp. 99-100.
- [13] PENSADO SEIJAS, A., "La responsabilidad en la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Aproximación al Real Decreto 515/2013, de 5 de julio". El Consultor de los Ayuntamientos, N° 4, Sección Opinión/Colaboraciones. Quincena del 28 Feb. al 14 Mar. 2015, Ref. 448/2015, p. 448, Editorial Wolters Kluwer.
- [14] Afirma la STS 757/2017 que *Expone la parte recurrente que el Gobierno de la nación es directamente responsable, porque el problema del gasto sanitario en la Comunitat Valenciana era vox populi en España desde mucho tiempo atrás, y se hallaba documentado en informes y en datos públicos, pero pese a ello, las autoridades nacionales no pusieron remedio a esta situación, sin que la Administración del Estado, que remitió los datos a Eurostat, pudiera razonablemente desconocer la existencia del problema e ignorar que los datos comunicados en abril de 2012 eran incorrectos.*
- [15] Guillem Carrau, J. LAS CORRECCIONES FINANCIERAS EN MATERIA DE FONDOS ESTRUCTURALES. Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 2341-2135, núm. 51, Zaragoza, 2018, pp. 281-319.

DESNATURALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES DE AGUAS: COMENTARIO A LA SENTENCIA NÚMERO 1641/2019 DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2019 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 5ª, DEL TRIBUNAL SUPREMO

Altering the reviewing and modifying procedure water concessions: Comment of the Judgement n° 1641/2019 on the 28 of November of 2019 of the Administrative Chamber of the Supreme Court, Section 5.

Autor: Paula Carbonell Aparisi

Cargo: Broseta Abogados

Resumen: A través de la Sentencia objeto de estudio, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por no existir ni falta de motivación ni incongruencia en la Sentencia de instancia sino una vulneración por parte de la Administración de Estado del procedimiento legalmente establecido para la revisión y/o modificación de la concesión de aguas.

Palabras clave: concesión, aguas, desvirtuar, requerimiento, revisión.

Abstract: The Supreme Court of Justice declares that there is no place for the appeal because there is not lack of reasoning or inconsistency in the instance Judgment but rather an infringement of the legally established procedure for the review and/or modification of the water concession by the Administration.

Keywords: concessions, water, altering, request, revisión.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
 1. Antecedentes de hecho
 2. Objeto del recurso y referencia a las cuestiones jurídico relevantes expuestas para la decisión adoptada.
 3. Fallo de la Sentencia.

- II. EXAMEN Y COMENTARIO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS APLICADAS AL CASO EN CONCRETO: PRINCIPALMENTE EN LO RELACIONADO AL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO PARA REVISAR Y/O MODIFICAR LAS CONDICIONES DE UNA CONCESIÓN DE AGUAS.

- III. A MODO DE CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes de hecho

En el seno de una concesión de aguas del Río Alberche, en fecha 5 de mayo de 2005, con ocasión de propiciar que la inscripción de la concesión reflejara todos los datos introducidos por el artículo 192.2¹ del Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en adelante "RD 606/2003"), la Confederación Hidrográfica del Tajo, requirió a la titular de la concesión para que presentara determinada documentación y, posteriormente se le citó para el reconocimiento de la concesión.

Tras la sustanciación de todos los trámites, en fecha 14 de noviembre de 2013 la Confederación Hidrográfica del Tajo, en contestación a la solicitud de 4 de febrero de 2008 de modificación de las características de concesión de aguas superficiales con destino a uso abastecimiento en el término municipal de San Martín de Valdeiglesias, acordó cancelar la inscripción nº 63.167 tramitada en el expediente NUM000 y autorizar la modificación de características solicitadas, otorgando la concesión con arreglo a las características y condiciones que se reflejaban en la propia resolución, entre ellas, que el uso era el abastecimiento de la población.

Frente a la referida Resolución, la Comunidad de Propietarios, en su condición de titular de aprovechamiento de aguas del Río Alberche, en fecha 20 de diciembre de 2013, interpuso recurso de reposición que fue resuelto desestimatoriamente en fecha 20 de abril de 2014.

Pues bien, frente a la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Tajo de fecha 20 de abril de 2014 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 14 de noviembre de 2013 que acordaba cancelar la inscripción tramitada en el expediente y autorizar la modificación de características solicitadas, la Comunidad de Propietarios interpuso Recurso contencioso-administrativo por entender que se había utilizado el expediente iniciado el 4 de febrero de 2008 para reducir el volumen de agua a que tenía derecho a disponer cuando en realidad debería haberse iniciado mediante la tramitación del correspondiente expediente específico de modificación, incurriendo por ello en causa de nulidad del artículo 62 de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante "LRJAP-PAC").

Mediante [Sentencia nº 48/2016, de 18 de enero](#), de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se estimó el Recurso contencioso-administrativo promovido por la Comunidad de Propietarios por entender que la Resoluciones recurridas eran contrarias a Derecho ya que el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (en lo sucesivo "Ley de aguas") y el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en adelante "RDPH"), han previsto un procedimiento concreto para revisar la concesión al amparo del Plan Hidrológico que no se había seguido en el referido caso.

Y ello, porque lo que en principio pretendía ser un requerimiento a la recurrente para que se reflejaran en la inscripción todos los datos que debían figurar en el Registro de Aguas

sobre la concesión de que era titular desde 1982 según el artículo 192.2 del RDPH modificado por R.D. 606/2003, y que debería haberse resuelto reflejando los datos propios de la concesión que fue concedida en su momento y con las condiciones reflejadas en la misma, no finalizó así sino que la Confederación Hidrográfica del Tajo dictó un acto en el que declara que se habían producido modificaciones en la concesión no autorizadas y concluye con una Resolución en la que se alteran sustancialmente dichas condiciones en función de los límites reflejados en el Plan Hidrológico Nacional, es decir, con un procedimiento de revisión de ajuste de las concesiones al Plan Hidrológico Nacional regulado en el artículo 65 de la Ley de Aguas y 156 del RDPH.

Finalmente, el Abogado del Estado, interpuso Recurso de casación contra la Sentencia nº 48/2016, de 18 de enero.

2. Objeto del recurso y referencia a las cuestiones jurídico relevantes expuestas para la decisión adoptada

El objeto principal del Recurso contencioso-administrativo interpuesto por el abogado del Estado era revisar si efectivamente las Resoluciones dictadas por la Confederación Hidrográfica del Tajo eran ajustadas a Derecho o no, al amparo de la Sentencia nº 48/2016, de 18 de enero.

Para el recurrente, el Recurso de casación se fundaba en los siguientes motivos:

1) Infracción del artículo 88.1., letra c)², de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa³ (en adelante "LJCA") junto con el artículo 24 y 120.3 de la Constitución Española, 22, 65 y 67 de la LJCA y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por incurrir la Sentencia en falta de motivación e incongruencia a la

hora de afirmar que se ha hecho omisión del procedimiento legalmente establecido para verificar el ajuste de las concesiones al Plan Hidrológico General, previsto en el artículo 65 de la Ley de Aguas.

2) Vulneración del artículo 88.1., letra d)⁴ de la LJCA y del artículo 65 de la Ley de Aguas, según el cual la Administración tiene la potestad de revisar las concesiones de aguas *cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos* en relación con el artículo 192.2 del RDPH. Se remite para ello al Fundamento de Derecho Cuarto.

3) Vulneración del artículo 88.1., letra d) de la LJCA, al considerar que la Sentencia declara la nulidad por no seguirse el procedimiento legalmente establecido sin citar ni justificar la aplicación del artículo 62.1, letra e) de la LRJAP-PAC.

A modo de síntesis, lo que pretendía la Administración del Estado era intentar demostrar que la Sentencia adolecía de la motivación y congruencia suficiente para así, justificar supestamente el seguimiento del procedimiento legalmente establecido al objeto de modificar las condiciones de la concesión de aguas.

3. Fallo de la Sentencia

La Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, mediante [Sentencia nº 1641/2019, de 28 de noviembre](#), ha desestimado el Recurso de casación formulado por la Administración del Estado contra la Sentencia nº 48/2016, de 18 de enero, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al entender que no concurren los motivos casacionales alegados. Veamos.

Respecto del motivo 1), la infracción del artículo 88.1., letra c) por incurrir la Sentencia

en falta de motivación e incongruencia, el Tribunal Supremo se remite a consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional para concluir que: *por motivación debe entenderse la respuesta razonada a la pretensión de la parte, sin necesidad de contestar a cada uno de los argumentos ni de dar una desmesurada extensión a la ratio decisoria.*

Pues bien, en relación a dicho motivo, la Sentencia objeto del presente análisis, entiende que la falta de motivación y la incongruencia deben ser desestimadas por cuanto que en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia nº 48/2016 de 28 de noviembre se contienen las razones de la decisión adoptada.

A modo de ejemplo, cabe destacar la siguiente manifestación efectuada por la Sentencia de instancia en el indicado Fundamento de Derecho: *Estamos, pues, en un ámbito distinto al de la autorización de modificaciones de la concesión se trata de la comprobación de datos concretos a instancia de la propia Administración y, partiendo de esta consideración, hay que decir que carece de entidad suficiente esta recopilación de datos para considerar que es origen de un expediente autónomo dado que se trata de ajustar la inscripción a los datos que la normativa reciente venía exigiendo.*

Asimismo, la Sentencia puntualiza que en lo que realmente discrepa la Administración recurrente no es en la falta de motivación de la Sentencia (que realmente sí que está motivada como se ha justificado) sino en los argumentos jurídicos que sustentan la resolución de instancia recurrida, lo que no puede entenderse como vicio *in procedendo* de la misma.

En relación al motivo 2), en concreto, a la vulneración del artículo 88.1., letra d) al considerar el recurrente que se infringen las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en

particular, el artículo 65 de la Ley de Aguas que regula los procedimientos de revisión de las concesiones en determinados supuestos en relación con el artículo 192.2 del RDPH, modificado por el RD 606/2003 relativos a la primera inscripción de un aprovechamiento, el Tribunal Supremo desestima este argumento habida cuenta que si la Administración del Estado primero alegó la falta de motivación y la incongruencia, no es posible que pretenda ahora combatir los razonamientos de la Sentencia de instancia para alcanzar el fallo estimatorio sobre la aplicación de los antedichos preceptos que se consideran infringidos y que particularmente fueron citados en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de instancia; pues ello evidencia que, en realidad, sí que existía la motivación que previamente se había negado.

En este sentido, el Tribunal Supremo manifiesta que es consolidada doctrina de la Sala que considera inapropiado fundar una misma infracción, simultáneamente en dos de los apartados del artículo 88.1 de la LJCA porque *cada infracción normativa se ha de canalizar por alguno de los motivos del artículo 88.1 de la LJCA, sin que pueda hacerse por todos los motivos a la vez, por varios de ellos, o por ninguno.*

En cuanto al motivo 3), relativo a la vulneración del artículo 88.1., letra d), al considerar el recurrente que se infringen las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate ya que la Sentencia declarararía la nulidad de la Resolución por no seguirse el procedimiento legalmente establecido, sin justificar la aplicación del artículo 62.1, letra e) LRJAP-PAC, el Tribunal Supremo ha venido a entender que el motivo (al igual que el primero) debe rechazarse ya que la Administración estaría introduciendo unos hechos que no son coincidentes con los que han quedado probados en la Sentencia de instancia, con el objeto de defender que se ha seguido el procedimien-

to legalmente establecido, *lo que demuestra la ausencia de conexión entre el enunciado del motivo y el contenido del mismo.*

Dicho de otro modo, carece de sentido que se denuncie la falta de justificación de la aplicación del artículo 62.1, letra e) LRJAP-PAC cuando en realidad lo que se pretende por parte de la Administración del Estado, a través de este motivo, es intentar demostrar que sí que se habría seguido el procedimiento legalmente establecido para así conseguir el restablecimiento de la legalidad concesional; acciones ambas con un contenido totalmente distinto e inconexo.

En conclusión, por los motivos anteriormente expuestos, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación confirmando así la Sentencia nº 48/2016, de 18 de enero, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que es donde verdaderamente se exponen las cuestiones jurídicas de relevancia aplicadas al presente supuesto, tal y como pasamos a analizar a continuación.

II. EXAMEN Y COMENTARIO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS APLICADAS AL CASO EN CONCRETO

Según el artículo 59 de la Ley de Aguas 1. *Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa.*

En el mismo sentido, el artículo 93 del RDPH dispone que *todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 52 de la Ley de Aguas requiere concesión administrativa.* El aprovechamiento de aguas⁵ que se adquiere mediante uno o varios puntos de la concesión debe inscribirse en el Registro de Aguas. El artículo 192.2 del RDPH⁶, regula los apartados que

debe contener la primera inscripción de un aprovechamiento (inmatriculación).

Si bien, al respecto cabe puntualizar que el Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en materia de registro de aguas y criterios de valoración de daños al dominio público hidráulico (en lo sucesivo "RD 670/2013"), introduce una serie de novedades en el RDPH. Entre esas novedades, destaca la establecida en su artículo único. 25 que añade una disposición transitoria cuarta al RDPH relativa a la "adecuación de las inscripciones" antes del 1 de enero de 2020.

En particular, la D.T 4ª del RDPH, establece lo siguiente:

1. Antes del 1 de enero de 2020 se adecuarán las inscripciones del Registro de Aguas a las prescripciones establecidas en la misma. Tal adecuación no supondrá, en ningún caso, alteración alguna ni de la naturaleza ni del contenido del derecho inscrito. A estos efectos, los organismos de cuenca procederán de oficio a recabar la información y documentación necesaria.

2. Las inscripciones que procedan de la revisión de derechos reconocidos con anterioridad al 1 de enero de 1986 y que no hubiesen sido trasladados desde el libro de Registro General de Aprovechamientos de Aguas Públicas al Registro de Aguas se adecuarán en su traslado a las prescripciones de este real decreto.

3. También antes del 1 de enero de 2020 se procederá a la clausura del Libro de Aprovechamientos de Aguas Públicas y de los libros de hojas móviles del Registro de Aguas, y deberá haberse concluido el traslado de todas las inscripciones vigentes a la presente estructura informática del Registro de Aguas.

Así, lo que se pretende con la incorporación de esta disposición transitoria es llevar a cabo una comprobación de datos concretos al titular de un aprovechamiento para ajustar la inscripción en el Registro conforme la reciente normativa ha venido exigiendo, lo cual en la Sentencia examinada tuvo lugar a instancia de la propia Administración.

Estamos ante un simple procedimiento de comprobación de datos, cuestión totalmente distinta al procedimiento de revisión y/o modificación de la concesión, el cual se reputa como un procedimiento totalmente autónomo y concreto.

Por su parte, la revisión de la concesión está regulada en el artículo 65 de la Ley de Aguas y en el artículo 156 del RDPH. Según ambos preceptos, 3 son los supuestos en los que la concesión de aguas puede ser revisada:

- 1) Cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento.
- 2) En casos de fuerza mayor, a petición del concesionario.
- 3) Cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos.

Asimismo, en el apartado 3 del artículo 65 de la Ley de Aguas y en el párrafo primero del artículo 156.1 del RDPH, se señala que únicamente cuando la revisión de la concesión tenga lugar para su adecuación a los Planes Hidrológicos, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa.

Por su parte, la Sección 8.^a relativa a las *Modificaciones de las características de las concesiones* del RDPH regula el procedimiento de modificación.

Por lo expuesto hasta ahora, está claro pues que la normativa en materia de aguas ha previsto un procedimiento concreto para revisar la concesión al amparo del Plan Hidrológico.

En cambio, en el caso que nos ocupa, y como acertadamente señala la Sentencia nº 1641/2019 del Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Segundo, el cual no es sino una reproducción literal del Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia nº 48/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *lo que, en principio, pretendía ser un requerimiento a la recurrente para que se reflejaran en la inscripción todos los datos que debían figurar en el Registro de Aguas sobre la concesión de que era titular desde 1982 según el artículo 192.2 del RDPH modificado por R.D. 606/2003, y que debiera haberse resuelto reflejando los datos propios de la concesión que fue concedida en su momento y con las condiciones reflejadas en la misma, no finaliza así sino que la CHT dicta un acto en el que declara que se han producido modificaciones en la concesión no autorizadas y concluye con una resolución en la que se alteran sustancialmente dichas condiciones en función de los límites reflejados en el Plan Hidrológico Nacional.*

Es decir, en el presente supuesto, la Administración habría utilizado las prerrogativas que ostenta para a través de un simple requerimiento con el fin de adaptar los datos propios de la concesión en el Registro de Aguas, llevar a cabo una verificación y/o revisión del ajuste de la concesión al Plan Hidrológico Nacional y proceder así a su modificación, omitiendo el procedimiento legalmente establecido para ello y el abono de la indemnización que posiblemente debería haber percibido el perjudicado, de conformidad con el apartado 3 del artículo 65 de la Ley de Aguas y el párrafo primero del artículo 156.1 del RDPH, antes mencionado.

El proceder correcto de la Administración, si hubiera advertido en base a los requeri-

mientos y comprobaciones efectuadas para establecer la correcta inscripción en el Registro, que el caudal inicialmente concedido superaba las previsiones del Plan Hidrológico Nacional, habría consistido en iniciar un procedimiento de revisión de la concesión en base a dicho fundamento y resolver en consecuencia.

En cambio, al no haber actuado así, estamos ante una desnaturalización del procedimiento legalmente establecido para cada una de las dos actuaciones que deberían haberse llevado a cabo de forma separada. Así lo ha considerado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al afirmar que *se ha desvirtuado la finalidad del requerimiento efectuado para ajustarse a las previsiones del Registro de la inscripción y que se ha hecho omisión del procedimiento legalmente establecido para verificar el ajuste de concesiones al Plan Hidrológico Nacional que regula el artículo 65 del R.D. Levo 1/2001.*

Teniendo en consideración todo lo anterior, es manifiestamente disconforme a Derecho utilizar por parte de las Administraciones los recursos legales que tienen a su disposición con el objetivo de modificar arbitrariamente su finalidad y trámites propios, y emitir una resolución totalmente ajena a la pretensión de las actuaciones iniciales y que en realidad es propia de otro procedimiento distinto en el que sí que debería haberse dictado esa resolución.

En este sentido, conviene traer a colación la Sentencia de 28 de septiembre de 2012 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, en la que se remite a otra del mismo Tribunal pero de 30 de marzo de 2012. En ambas resoluciones, se lleva a cabo por parte del órgano jurisdiccional una valoración de la modificación inicial del propósito de una actuación cuando se emite una resolución fuera de la inicial pretensión.

En concreto, dicen así:

Dicho de otro modo, al socaire de la modificación reglamentaria realizada por el RD 606/2003, no pueden introducirse modificaciones desvinculadas de lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que es precisamente lo que ha sucedido en el caso examinado.

Cuarto.- El examen de la resolución impugnada en la instancia, a pesar de los esfuerzos de la sentencia recurrida por hacer un enjuiciamiento integral de las condiciones introducidas desligada de su acomodación a los límites que fija la citada disposición transitoria segunda del RD 606/2003, pone de manifiesto que en la misma se ha realizado una revisión completa y prolija de las condiciones de la autorización del vertido, desligada de lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes del citado reglamento a que se remite la transitoria segunda. La comparación entre aquellos y ésta no resiste, a estos efectos, el menor contraste sobre la cobertura de sus previsiones.

Así es, el contenido del acto revisor del organismo de cuenca no indica el engarce de las modificaciones que introduce –condiciones– con las previsiones de tales preceptos, artículos 245 y siguientes, a los que se remite la citada transitoria. No se justifica, por tanto, el amparo normativo reglamentario –dentro de los citados artículos 245 y siguientes– de cada novedad que se introduce al revisar la autorización. De modo que se hace una suerte de revisión completa y global desvinculada de los contornos que marca la indicada disposición transitoria segunda, apartado 1, del RD 606/2003, y desbordando, por tanto, los límites que impone la mentada norma reglamentaria. Conviene reseñar que la autorización se concedió mediante Resolución de la citada Confederación, de 10 de marzo

de 1993, que autorizó al Canal de Isabel II el vertido de aguas residuales procedentes de la indicada estación depuradora al cauce del río Guadalix. Posteriormente, al entrar en vigor, en fecha 7 de junio de 2003, ex disposición final segunda del mentado RD 606/2003, la modificación citada del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, es cuando se procede a la revisión de las autorizaciones de vertido anteriores, al tiempo que se señalan la condiciones de reutilización interna de aguas residuales que se había solicitado.

Por tanto, la cuestión jurídica que se ha ventilado en el procedimiento contencioso-administrativo analizado (ya no solo en la Sentencia del Tribunal Supremo sino también en la Sentencia de instancia) es la utilización fraudulenta de un procedimiento administrativo para una finalidad totalmente distinta a la prevista en él y que, en realidad y por estar expresamente así previsto en la norma, se corresponde con otro procedimiento y con otros trámites.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en el presente supuesto, reseña y recalca la importancia de utilizar los cauces y procedimientos que se han previsto legalmente para cada una de las actuaciones en concreto.

De lo contrario, se estaría amparando una conducta que desnaturalizaría y desvirtuaría la finalidad de la existencia de una pluralidad de procedimientos distintos y adecuados para cada una de las actuaciones. Y, en consecuencia, al encauzarse la pretensión requerida por unos trámites inadecuados, se

estaría generando indefensión a los interesados en dichos procedimientos.

Si por algo se caracteriza el derecho es por la existencia de procedimientos absolutamente garantistas que buscan la efectividad de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

Por ello, el artículo 47.1, letra e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (anterior artículo 62.1, letra e) LRJAP-PAC) prevé que los actos de las Administraciones Públicas serán nulos de pleno derecho cuando se dicten prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- Sentencia número 1641/2019 de 28 de noviembre de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo.
- Sentencia de 28 de septiembre de 2012 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª.

[1] Los nuevos datos introducidos por el RD 606/2003 debe contener los siguientes apartados relativos a la Sección A,B,C, número de inscripción, clave, corriente o acuífero, Lugar, término municipal y provincia en la que se capta el agua, identificación del concesionario o titular del derecho que se inscribe,

tipo de aprovechamiento, características, plazo de la concesión, volumen máximo anual, caudal máximo instantáneo a derivar por toma, título del derecho y condiciones específicas.

[2] El artículo 88.1 de la LJCA, dispone expresamente que el recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: *c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.*

[3] Modificado por la disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

[4] El artículo 88.1 de la LJCA, dispone expresamente que el recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: *d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.*

[5] Se entiende por aprovechamiento de agua *el derecho a utilizar un volumen determinado de agua que se toma de uno o varios puntos, para uno o varios usos, dentro de una misma concesión o derecho al uso privativo de las aguas; todo ello, según la letra b) del artículo 15 bis del RDPH.*

[6] Modificado el artículo único.9 del RD 670/2013 y por el artículo único.7 del RD 606/2003.

REVISIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TARIFAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA EN ALTA O ADUCCIÓN

Revision of the jurisprudential doctrine of the supreme court Legal nature of tariffs for the provision of the public service of high or adduction water supply

Autor: Andrés Gimeno Martín

Cargo: Abogado. Broseta Abogados

Resumen: El debate sobre el que gira el interés casacional objetivo se centra en determinar la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción. El auto de admisión de 3 de octubre de 2018 selecciona como única cuestión que presenta interés casacional objetivo el referente a la naturaleza jurídica de la tarifa, *Aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) LGT, en su redacción posterior a la LES, en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción; y las normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 31.3 y 131.1 y 2 de la Constitución Española; 2.2.a) y 8 de la Ley General Tributaria y 289 y Disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley de Contratos del Sector Público.*

Palabras clave: servicio público, tasa, tarifa, contrato administrativo de gestión de servicios públicos.

Abstract: The debate on which the objective household interest revolves is focused on determining the legal nature of the tariffs for the provision of the public service of water supply in

high or adduction. The order of admission of 3 October 2018 selects as the only issue of objective domestic interest the one referring to the legal nature of the tariff, *To clarify, qualify, revise or ratify the jurisprudential doctrine on the persistent debate on Article 2.2. a) LGT, in its drafting after the SCA, as regards determining the legal nature of the tariffs for the provision of the public service of supply of water in high or adduction*; and the legal rules subject to interpretation *articles 31.3 and 131.1 and 2 of the Spanish Constitution; 2.2.a) and 8 of the General Tax Law and 289 and additional provision forty-three of the Public Sector Contracts Law.*

Keywords: Public service, tax, rate, administrative contract for the management of public services.

SUMARIO

I. EXAMEN DE LAS DIFERENTES CUESTIONES

1. Antecedentes y procedimiento.
2. Fallo de la sentencia
3. Constitucionalidad del esquema normativo planteado: Análisis de la STC 63/2019, de 9 de mayo de 2019
4. Fundamentación de la sentencia

II. CONCLUSIONES

ABREVIATURAS

CE: Constitución Española.

DA: Disposición Adicional.

DF: Disposición Final.

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

LES: Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de Octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

LTPP: Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

RJ: Referencia Jurídica.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TRLCSPP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

I. EXAMEN DE LAS DIFERENTES CUESTIONES

1. Antecedentes y procedimiento

La naturaleza de la contraprestación que se satisface por la prestación de los servicios públicos siempre ha provocado distintas posiciones jurisprudenciales respecto a la misma. En particular, el debate jurídico ha girado entre la consideración de las correspondientes contraprestaciones como tasa (por tanto, como tributo) o bien su entendimiento como tarifa o precio, en su caso intervenido o autorizado por la Administración.

La sentencia objeto de análisis tiene su origen en la interposición del recurso de casación n.º 1875/2018, por la mercantil AIGÜES DE SANT PERE DE RIBES, S.A., contra la sentencia n.º. 895, de 7 de diciembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pronunciada en el recurso n.º. 484/2014, contra la resolución del Consejero de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña de 13 de octubre de 2014, por la que se había inadmitido el recurso de alzada presentado contra la decisión de ATLL Concessionària de la Generalitat de Catalunya, S.A. (ATLL), de no anular una factura emitida en concepto de liquidación por el servicio de abastecimiento de agua en alta a través de las instala decisión de la red Ter-Llobregat, correspondiente al mes de febrero de 2014, por importe de 116.068,44 €.

La Sección Primera de la Sala del Tribunal Supremo acordó, por auto de 3 de octubre de 2018, la admisión del recurso de casación, en el que aprecia que concurren las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia previstas en los apartados 3.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, precisando que:

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) LGT, en su redacción posterior a la LES, en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 31.3 y 131.1 y 2 de la Constitución Española; 2.2.a) y 8 de la Ley General Tributaria y 289 y Disposición adicional cuatragésima tercera de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. Fallo de la sentencia

La Sala acuerda no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la [sentencia n.º. 895/2017, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de diciembre de 2017](#), estimatoria parcial del recurso contencioso administrativo dirigido contra la resolución del Conseller de Territori i Sostenibilitat de 13 de octubre de 2014 que resolvió la impugnación de la liquidación de la factura n.º 2014/00303, por importe de 116.068,44 euros en concepto de abastecimiento de agua en alta a través de las instalaciones de la red de suministro Ter-Llobregat, correspondiente al mes de febrero de 2014, confirmando la sentencia del TSJ.

3. Constitucionalidad del esquema normativo planteado: Análisis de la STC 63/2019, de 9 de mayo de 2019

La Sentencia de 9 de mayo de 2019 del Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto, el 8 de febrero de 2018, por el Grupo Parlamentario

de Unidos Podemos, En Común y En Marea, contra los preceptos la LCSP que regulan las tarifas como prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario, en concreto los artículos 289.2 y la DA 43ª, y las DDF 9ª, 11ª y 12ª que modifican, respectivamente, la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos, la Ley 58/2003 General Tributaria y el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.

El recurso pivotaba sobre la base de que la contraprestación de los usuarios por la utilización de obras y de servicios públicos de recepción coactiva ha de tener necesariamente la naturaleza tributaria de tasa y, por lo tanto, ha de ser un ingreso público. Y en el supuesto de que la Administración gestionase la obra o el servicio público mediante empresas públicas, mixtas o concesionarias, las ha de financiar o retribuir directamente, sin que perjuicio de que, con el producto de la recaudación de las tasas satisfechas por los usuarios, la Administración financie o contribuya a los gestores.

El fundamento residía en la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de la [STC 185/1995](#) sobre la LTPP; la infracción de la reserva de ley del art. 31.3 de la CE que impone la naturaleza tributaria de tasa de toda contraprestación de un servicio coactivo; la infracción del art. 134.2 CE que impone que los Presupuestos han de incluir todos los gastos e ingresos públicos; y la infracción del principio de igualdad del art. 14 CE, en la medida que las tasas tienen como límite el coste del servicio y las tarifas no, con lo que la elección de la modalidad de gestión del servicio tendría el efecto de generar esa supuesta desigualdad.

La [Sentencia de 9 de mayo de 2019](#) del Tribunal Constitucional niega que la Sentencia 185/1995 afecte a las tarifas ingresadas por empresas públicas con personificación privada, mixtas o concesionarias, sino que trata de ingresos públicos tributarios –*las tasas*–

o no tributarios –*los precios públicos*–, limitándose a corregir el límite que la LTPP establecía entre ellos en función de su carácter coactivo a no y trae a colación que tanto el legislador como la jurisprudencia han diferenciado tradicionalmente entre la financiación de servicios por parte de la propia Administración mediante tributos, o por parte del gestor diferenciado mediante ingresos sin carácter tributario, habitualmente denominados tarifas.

En lo referente a la reserva de ley del art. 31.3 CE, y con respecto a las tarifas, lo esencial es que estén establecidas conforme a la ley –*es decir, la LCSP*–, y reguladas por ordenanza o reglamento local, en virtud de la potestad de auto-disposición de la comunidad sobre sí misma, repetidamente reconocida por la jurisprudencia constitucional.

En cuanto a la supuesta obligación de las Administraciones de financiar, necesariamente, los servicios públicos coactivos mediante ingresos presupuestarios, la Sentencia establece que ello no se desprende en absoluto del art. 134.2 CE; que el legislador y la Administración titular de cada servicio, por más coactivo que sea, son libres de configurar las formas de gestión y de financiación que entiendan más oportunas, incluidas las prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributarias; y que no corresponde a la jurisdicción constitucional establecer cuál deba ser el modelo a seguir, concretando que las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias no son necesariamente un ingreso público en sentido estricto.

4. Fundamentación de la sentencia

En el fundamento de derecho segundo de la sentencia objeto de análisis se fija la doctrina de aplicación; en primer lugar, la sentencia hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2019 (rec. cas.

5108/2017), en la que se modificó la postura que hasta dicho momento había mantenido sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación por los servicios por prestación de determinados servicios públicos.

En dicha sentencia se dice que:

la normativa aplicable para la resolución de la cuestión de interés casacional, que como se ha señalado anteriormente se contrae a la compensación de cantidades devengadas por la prestación del servicio del concesionario TIRME S.A. al Ayuntamiento de Muro, por el servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos en los meses de julio a septiembre de 2011, se integra, en primer lugar, por el art. 2.2.a) de la LGT, en la redacción introducida por la Ley de Economía Sostenible 2/2011, que entró en vigor el día 6 de marzo de 2011. La modificación consistió en la supresión del segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la LGT, según dispuso la disposición final 58ª de la LES de 2011.

(...)

El conjunto normativo en que se desenvuelve el presente litigio y, por ende, la resolución de las cuestiones de interés casacional que nos ocupan, es, en definitiva, el resultante de la Ley de Economía Sostenible, y anterior a la Ley de Contratos del Sector Público 2017. En síntesis, el núcleo de la cuestión es el alcance que tuvo la eliminación del párrafo segundo del apartado 2.a del art. 2 de la LGT y, concretamente, la eventual relevancia constitucional de la previsión allí contenida, a fin de determinar si, pese a la supresión de la misma, debiera mantenerse la calificación de tasas, en sentido estricto, esto es, como tributos, para la financiación de los servicios o actividades que se realizan por las Administraciones en régimen de derecho público, entendiéndose por tal cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público, siempre que su titu-

laridad corresponda a un ente público, tal y como decía el párrafo segundo del apartado 2.a del art. 2 de la LGT 2003 suprimido por la disposición final 58ª de la LES 2011.

Aunque a día de hoy la cuestión está legislativamente superada, dada la reforma introducida en esta cuestión por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, no por ello ha desaparecido el objeto del presente recurso de casación, ya que las relaciones jurídicas desarrolladas bajo el anterior marco normativo mantienen su efectividad. Aun así, es conveniente dejar constancia del alcance de la reforma de la Ley 9/2017, y en particular de la [STC 63/2019](#), de 9 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra determinadas previsiones atinentes a la cuestión que nos ocupa.

En base a estas consideraciones se fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

Tras la reforma del art. 2.2.a de la LGT, efectuada por la DF 58ª de la LES, que suprimió el segundo párrafo de dicho precepto de la LGT, existe una opción discrecional para la Administración entre la configuración de la contraprestación como tasa o como precio y la opción por una modalidad de gestión directa o indirecta, si bien tal opción está limitada y legalmente predeterminada cuando el objeto de la actividad o servicio implica ejercicio de autoridad, supuesto en los que se impone la gestión directa por la propia Administración o mediante un organismo autónomo.

En la esfera local en la que nos situamos, establece el art. 85.3 de la LBRL que *en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios que impliquen ejercicio de autoridad* en cuyo caso las contraprestaciones de los servicios públicos prestados directamente han de tener, necesariamente, la naturaleza de tasa o de precios públicos, en los términos que impone

los artículos 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y 20 y 41 del TRLHL.

Incide la sentencia en que:

cuando se opte, como es en el presente supuesto, por las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, vigente al tiempo de los actos impugnados –y en los mismos términos en el actual art. 289 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público– la Administración titular del servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica, prestación que tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, pero no tiene naturaleza tributaria.

Teniendo en consideración lo desarrollado, nos encontramos ante una tarifa y no una tasa.

II. CONCLUSIONES

La conclusión por el Tribunal Supremo de que nos encontramos ante una tarifa y no una tasa se base en la facultad de discrecionalidad de la Administración, y en este caso la administración local, de configurar la contraprestación como tasa o como precio público, y gestión directa o indirecta.

En aplicación al caso de análisis, optando la administración local por las formas de gestión indirecta del art. 85.2.b) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del art. 277 TRLCSP, vigente al tiempo de los actos impugnados, y en los mismos términos en el actual art. 289 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, la Administración titular del servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una retribución de la propia Administración, una tarifa o precio público a satisfacer directamente por los usuarios del servicio, o una retribución mixta en combinación de las anteriores, prestación que tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, pero no tiene naturaleza tributaria.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TARIFAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA EN ALTA: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCIÓN 2ª) DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 93/2020, DE 28 DE ENERO DE 2020

The legal nature of the tariffs for the provision of the public water supply service in high: commentary on the judgment of the administrative chamber (section 2) of the supreme court no. 93/2020 Of 28 january 2020

Autor: Anna Carrió i Sesé

Cargo: Abogado. Broseta Abogados

Resumen: En la sentencia objeto del presente comentario el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta, a partir de la doctrina jurisprudencial propia. Concreta asimismo el alcance del principio de reserva de ley en el ámbito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.

Palabras clave: Servicio público. Gestión indirecta. Tasa. Tarifa. Prestación patrimonial de carácter público no tributario.

Abstract: In the judgment which is the subject of this commentary, the Supreme Court gives an opinion on the legal nature of the tariffs for the provision of the public water supply service at high level, based on its own jurisprudential doctrine. It also specifies the scope of the principle of legal reserve in the field of non-tax public property services.

Keywords: Public service. Indirect management. Tax. Fee. Non-tax public service.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
 1. Antecedentes de hecho
 2. Cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la que se pronuncia el Tribunal Supremo y preceptos objeto de interpretación
 3. Referencia a las alegaciones y pretensiones de las partes en el marco del recurso de casación resuelto por la sentencia
 4. Fallo de la sentencia

- II. EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA: PRINCIPALMENTE LOS RELATIVOS A LA CUESTIÓN QUE REVISTE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA
 1. Sobre la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del Servicio público de abastecimiento de agua en alta

2. Sobre el alcance del principio de reserva de ley en el ámbito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario
3. Sobre la introducción de una cuestión nueva en sede casacional

III. A MODO DE RECAPITULACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes de hecho

La mercantil Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. interpuso, en fecha 29 de mayo de 2014 recurso de alzada frente a una decisión de la entidad ATLL Concessionària de la Generalitat de Catalunya, S.A. (en adelante, "ATLL") de no anular la factura nº 2014/00303, por un importe de 116.068, 44 euros, emitida en concepto de liquidación por el servicio de abastecimiento de agua en alta a través de las instalaciones de la red Ter-Llobregat, correspondiente al mes de febrero de 2014.

El referido recurso de alzada resultó inadmitido mediante Resolución del Conseller de Territori i Sostenibilitat, de fecha 13 de octubre de 2014, al considerarlo improcedente.

Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de inadmisión del recurso de alzada, de fecha 13 de octubre de 2014, el cual dio lugar al Recurso nº 484/2014, seguido en la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que era parte demandada la Administración de la Generalitat de Catalunya (Departament de Territori i Sostenibilitat) y parte codemandada ATLL.

El referido recurso contencioso-administrativo fue resuelto mediante la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 895/2017, de 7 de diciembre de 2017, la cual estimó parcialmente el recurso.

En concreto, la Sentencia de instancia declara no ajustada a Derecho y anula la resolución impugnada del Conseller de Territori i Sostenibilitat, de fecha 13 de octubre de 2018, que declaró la inadmisibilidad del recurso de alzada formulado por la actora, al considerar que el recurso de alzada debía haberse admitido y resuelto por la Administración.

No obstante, la Sentencia desestima el recurso en todo lo demás, esto es, las pretensiones deducidas por el recurrente contra la factura nº 2014/00303.

Por lo que aquí interesa, la referida Sentencia resuelve la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la tarifa de alta o aducción en el sentido de considerar que la misma es una prestación patrimonial de carácter público, de naturaleza no tributaria, que cumpliría las garantías de reserva de ley establecidas en el artículo 31.3 de la Constitución Española, en contraposición a lo argumentado por el recurrente, que sostenía que estamos ante una tasa que, por tanto, tiene la consideración de tributo.

Por ello, Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. formuló recurso de casación frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 895/2017, de 7 de diciembre de 2017, dictada en el recurso nº 484/2014, en el que comparecieron como partes recurridas tanto la Generalitat de Cataluña como la mercantil ATLL.

El recurso de casación interpuesto resultó admitido a trámite mediante auto de fecha 3 de octubre de 2018, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el que aprecia que concurren en el recurso de casación las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia previstas en los apartados 3.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, la "LJCA"), dando lugar a la sentencia nº 93/2020, de 28 de enero de 2020, objeto del presente comentario.

2. Cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la que resuelve el Tribunal Supremo y preceptos objeto de interpretación

El auto de fecha 3 de octubre de 2018, de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en cuya virtud se admite a trámite el recurso de casación interpuesto por la mercantil recurrente fijó en los siguientes términos la cuestión que revise interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

Aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) LGT (RCL 2003, 2945), en su redacción posterior a la LES, en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del

servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción.

Asimismo, el auto de admisión identificó como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 31.3 y 131.1 y 2 de la Constitución Española (en adelante, la "CE"), los artículos 2.2.a) y 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, la "LGT") y el artículo 289 y la Disposición adicional cuadrigésima tercera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, la "LCSP").

3. Referencia a las alegaciones y pretensiones de las partes en el marco del recurso de casación

Según el Antecedente de Hecho cuarto de la Sentencia, en el recurso de casación interpuesto por Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. se concretaban como normas infringidas por la Sentencia impugnada las siguientes:

- i. Los artículos 31.3 de la CE y el artículo 2.2.a) de la LGT.
- ii. Los artículos 31.3 y 133.1 de la CE y el artículo 8.a) y c) de la LGT.
- iii. Los artículos 35.1, 49.2 y 281.1 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 (en adelante, el "TRLCSP"), así como el artículo 84.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, la "LPAP").

En concreto, los tres motivos aducidos por Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. en el escrito de interposición son los siguientes:

i. En primer lugar, la recurrente considera que la figura denominada "Tarifa por la prestación del servicio de abastecimiento en agua en alta a través de las instalaciones de la red de abastecimiento Ter-Llobregat gestionadas por la Generalitat", prevista en el artículo 39 del Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña (en adelante, el "TRLAC"), modificado por la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público (en adelante, la "Ley 2/2014"), es un tributo desde la perspectiva constitucional inscribible en el concepto legal de tasa.

ii. Como segunda cuestión, la recurrente manifiesta que la regulación de la referida prestación es insuficiente desde la perspectiva del principio de reserva de ley, ya se califique tal prestación de tributo o de prestación patrimonial de carácter público no tributario, de manera que la normativa reguladora de esa prestación no ofrecería cobertura a la liquidación discutida.

Es decir, a juicio del recurrente, la "Tarifa por la prestación del servicio de abastecimiento en agua en alta a través de las instalaciones de la red de abastecimiento Ter-Llobregat gestionadas por la Generalitat", como tasa o como prestación patrimonial pública no tributaria, carecería de la necesaria cobertura legal, vulnerándose el principio de reserva de ley consagrado en los artículos 31.3 y 133.1 de la CE.

iii. En tercer lugar, Aigües de Sant Pere, S.A. plantea que incluso en el caso de considerar que la liquidación impugnada tiene cobertura jurídica desde el prisma del principio de reserva de ley, la Sentencia de instancia debería haber estimado el recurso por cuanto que, en el presente caso, la liquidación habría sido dictada por ATLL sin título habilitante.

En concreto, indica la recurrente que dicha liquidación se cuantificó y exigió al ampa-

ro de un contrato y un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, "PCAP") declarados nulos de pleno derecho, tanto en vía administrativa como en sede judicial y, por consiguiente, huérfana de título jurídico habilitante.

Por tanto, considera que la Sentencia recurrida debió decretar la anulación de la referida liquidación al derivar de un acuerdo de adjudicación y un contrato declarados nulos de pleno derecho.

Respecto de este tercer motivo debemos indicar que el Tribunal Supremo considera que excede de la cuestión que plantea interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, concretada mediante el auto de admisión de 3 de octubre de 2018 y que, además, se trata de una cuestión introducida por el recurrente con ocasión de la interposición del recurso de casación que resulta novedosa respecto del pronunciamiento judicial impugnado.

Es por ello que la Sentencia analizada, además de pronunciarse sobre la cuestión que presenta interés casacional objetivo, esto es, la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción, analiza también si es posible introducir cuestiones nuevas en sede casacional.

En cuanto a la pretensión de Aigües de Sant Pere, S.A., después de exponer los tres motivos anteriores, termina suplicando a la Sala que dicte Sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case y revoque parcialmente la recurrida, resolviendo el recurso en el sentido de:

– En primer lugar, declarar no conforme a derecho y anular en su integridad la resolución del Consejero de Territorio y Sostenibilidad, de 13 de octubre de 2014, así como la factura emitida por la ATLL en fecha 1 de marzo de 2014.

– En segundo lugar, reconocer el derecho de Aigües de Sant Pere, S.A. a que se le restituya la cantidad indebidamente impagada, con los correspondientes intereses.

Por su parte, ATLL, en su escrito de oposición, manifiesta en primer lugar que el recurso de casación debería resultar desestimado por cuanto que en el escrito de interposición presentado de contrario no se analizaría la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ni se argumentaría en qué sentido se debería matizar, revisar, aclarar o ratificar.

Tras poner de manifiesto las razones por las que considera que el recurso de casación debería ser desestimado, analiza los motivos aducidos por Aigües de Sant Pere, S.A. en el escrito de interposición del recurso:

i. Respecto del primer motivo, ATLL considera que ni de la doctrina constitucional ni de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo puede concluirse que la tarifa aplicada en la factura, tal y como está regulada en el TRLAC, deba ser una tasa.

Indica a este respecto que Aigües de Sant Pere, S.A. confunde lo que es un servicio público esencial destinado a que los ciudadanos satisfagan las necesidades básicas de su vida personal, como es el abastecimiento en baja, con un servicio que la Generalitat de Cataluña ha decidido prestar a través de las concretas instalaciones de la red Ter-Llobregat para facilitar a las Entidades Locales, que son los clientes del servicio autonómico, recursos hídricos con los que prestar el servicio de abastecimiento en baja o domiciliario.

ii. En cuanto al segundo motivo, ATLL indica que, dado que niega la naturaleza de tasa de la tarifa objeto de discusión, no resulta necesario entrar a analizar si la regulación contenida en el TRLAC cumple con la reserva de ley en los términos fijados por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Añade que, en todo caso, tal cuestión debería haber sido objeto, en su caso, del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

iii. Respecto al tercer motivo, ATLL considera que el Tribunal de instancia no incurrió en infracción de los artículos 35.1 y 49.2 del TRLCSP dado que, al dictarse la Sentencia recurrida en casación, la anulación del acto de adjudicación no era firma.

Añade que tampoco cabe observar infracción del artículo 281.1 del TRLCSP ya que ATLL estaba obligada al cumplimiento del contrato de acuerdo con el artículo 209 del TRLCSP. En concreto, indica a este respecto que cuando ATLL emitió la factura el acto de adjudicación no había sido anulado judicialmente y que, por tanto, el contrato desplegaba plenamente sus efectos.

Tras las anteriores alegaciones, ATLL termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que desestime íntegramente el recurso de casación, con imposición de las costas a Aigües de Sant Pere, S.A.

Por su parte, la Generalitat de Cataluña, manifestó en el escrito de oposición al recurso su conformidad con la sentencia recurrida, no sólo con su parte dispositiva, sino también con su fundamentación jurídica, sosteniendo los siguientes argumentos:

i. El carácter de recepción no obligatoria, luego no coactiva, del servicio de abastecimiento en alta a través de las instalaciones de la red de suministro Ter-Llobregat.

ii. La tarifa del referido servicio de abastecimiento en alta no fue ni es una tasa, y por tanto, no se dan las infracciones tributarias invocadas por la recurrente.

iii. No concurre la invocación relativa a la presunta vulneración del principio de reserva de ley limitada establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional, una vez reconocido que estamos ante una prestación patrimonial pública no tributaria.

iv. No concurre vulneración del TRLCSP, en relación a la falta de ejecución de una resolución de un recurso especial en materia de contratación dejada sin ningún efecto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La Generalitat de Cataluña termina suplicando a la Sala que dicte sentencia de conformidad, por la que se desestime íntegramente el recurso de casación formulado por Aigües de Sant Pere, S.A., con imposición de costas según la Ley.

4. Fallo de la Sentencia

La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mercantil Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. y confirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 895/2017, de 7 de diciembre de 2017.

II. EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA: PRINCIPALMENTE LOS RELATIVOS A LA CUESTIÓN QUE REVISTE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Como hemos adelantado, el auto de admisión del presente recurso de casación, de fecha 3 de octubre de 2018, selecciona como cuestión que presenta interés casacional objetivo *aclarar, matizar, revisar o ratificar la*

doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) LGT, en su redacción posterior a la LES, en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta; en particular de la figura de la "Tarifa por la prestación del servicio de abastecimiento en agua en alta a través de las instalaciones de la red de abastecimiento Ter-Llobregat gestionadas por la Generalitat".

1. Sobre la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del Servicio público de abastecimiento de agua en alta

Para resolver esta cuestión el Tribunal Supremo hace referencia a la [Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo \(Sección 2ª\) del Tribunal Supremo número 909/2019, de 25 de junio de 2019](#) (en adelante, la "STS de 25 de junio de 2019"), en la que el Alto Tribunal modificó la postura que hasta ese momento había mantenido sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación por la prestación de determinados servicios públicos.

Considera el Tribunal Supremo en la Sentencia analizada que la cuestión resuelta por la STS de 25 de junio de 2019 es idéntica a la planteada en el presente recurso de casación, con la única salvedad, si bien la considera intrascendente, de que en el primer supuesto se determinaba la naturaleza de las contraprestaciones satisfechas por el del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, cuando es prestado a través de formas indirectas y, en particular, a través de entidades concesionarias, mientras que en el presente caso se trata de analizar la naturaleza de la contraprestación satisfechas por el servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción.

Pues bien, la referida STS de 25 de junio de 2019 afirmó que en aquellos casos como el

presente en los que la Administración opte por la gestión indirecta de los servicios públicos, a través de las distintas formas legalmente previstas, tiene la posibilidad de retribuir al prestador del servicio mediante una tarifa o precio a satisfacer por los usuarios, mediante una retribución de la propia Administración, o mediante una combinación de ambas formas de retribución, prestación que, si bien tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, no tiene naturaleza tributaria.

La referida STS de 25 de junio de 2019 disponía a este respecto, literalmente, lo siguiente:

Fuera de este supuesto, y en particular cuando se opte, como es en el presente supuesto, por las formas de gestión indirecta del artículo 85.2.B) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, vigente al tiempo de los actos impugnados –y en los mismos términos en el actual art. 289 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público– la Administración titular del Servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica, prestación que tiene naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, pero no tiene naturaleza tributaria.

Reproducida la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la STS de 25 de junio de 2019, el Tribunal considera que su aplicación al presente caso debe llevarnos a considerar que la tarifa para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta es efectivamente una tarifa y no una tasa, la cual, como se ha indicado, tendría la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

2. Sobre el alcance del principio de reserva de ley en el ámbito de las prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario

Una vez concretado el carácter de prestación patrimonial de carácter público no tributario de la tarifa para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el alcance del principio de reserva de ley en las prestaciones patrimoniales públicas que no revisten naturaleza tributaria.

En este sentido, el Alto Tribunal afirma que tratándose de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, el principio de reserva de ley se flexibiliza.

En concreto, respecto de los límites cuantitativos de este tipo de prestaciones, indica el Tribunal Supremo que resulta suficiente que se establezca por ley los criterios idóneos a partir de los cuáles sea posible la cuantificación conforme a los fines y principios de la legislación sectorial en que se inserte.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo considera que el artículo 39.1 del TRLAC cumple el principio de reserva de ley en cuanto que señala que las tarifas comprenden los costes derivados de la construcción y de la financiación de las obras de la red de abastecimiento Ter-Llobregat en la parte del coste que deba soportar la Generalitat, así como la explotación y conservación de las instalaciones que integran la red y deben ser satisfechas por todos los usuarios de agua en los municipios que reciben el servicio.

Indica que, si bien cabrían otras redacciones que recogieran los criterios con mayor detalle, con ello no se perjudica la suficiencia de los criterios previstos en la norma aplicable que en todo caso hacen posible el control posterior respecto de si las tarifas fijadas se corresponden con los costes sobre los que deben efectuarse los cálculos.

3. Sobre la introducción de una cuestión nueva en sede casacional

En tercer motivo aducido por Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. en el escrito de interposición del recurso de casación, la recurrente argumenta que el Tribunal de instancia debió estimar en todo caso el recurso formulado por cuanto que la liquidación habría sido dictada por ATLL sin contar con título habilitante, al haberse declarado la nulidad del acuerdo de adjudicación, del contrato y del PCAP.

Pues bien, como ya hemos adelantado, en el fundamento de Derecho Primero de la Sentencia analizada, relativo al objeto del recurso, el Tribunal Supremo reprocha a la recurrente que este motivo excedería de la cuestión que presenta interés casacional objetivo, concretada mediante el auto de admisión de fecha 3 de octubre de 2019, referente únicamente a la naturaleza de la tarifa discutida.

En concreto, indica a este respecto el Tribunal Supremo, tras describir la cuestión que presenta interés casacional objetivo, que *la parte recurrente aspira a que el pronunciamiento abarque no sólo la referida cuestión, en cuanto a dilucidar en definitiva si estamos ante una tarifa o ante una tasa, y, en su caso de estar ante una tarifa si se cumple el principio de reserva de ley, sino también que se extienda a examinar si existía un título jurídico habilitante para la liquidación girada en cuanto se cuantificó y exigió al amparo de un contrato y un PCAP declarados nulos de pleno derecho, infringiendo los arts. 35.1, 42.2 y 281.1 del TRLCSP y 84.1 de la LPAP, en tanto que al adjudicación del contrato y el contrato mismo fueron declarados nulos por sentencias del TSJ de Cataluña, confirmadas por sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 21 de febrero de 2018, por lo que la liquidación ha quedado huérfana de título jurídico habilitante como consecuencia de la declaración de nulidad.*

Además, en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia, el Alto Tribunal sostiene que resulta evidente que Aigües de Sant Pere de Ribes, S.A. ha aprovechado el recurso de casación para introducir cuestiones que resultaron de todo punto ajenas y novedosas respecto del pronunciamiento judicial impugnado, afirmando a este respecto, por ejemplo, que *la sentencia nada dice ni recoge sobre la validez y adjudicación del contrato concesional.*

Es por ello que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre si es posible introducir cuestiones nuevas en sede casacional.

La respuesta es clara: si bien la parte recurrente, aunque de forma excepcional, puede invocar en el escrito de interposición del recurso de casación infracciones normativas que no hubiera alegado en el escrito de demanda ni hubieran sido mencionadas por la sentencia recurrida, en modo alguno es posible introducir cuestiones nuevas en casación.

III. A MODO DE RECAPITULACIÓN

El presente recurso de casación tiene por objeto aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) de la LGT, en su redacción posterior a la LES, en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción.

En este sentido, la Sentencia objeto del presente comentario viene a ratificar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Supremo número 909/2019, de 25 de junio de 2019, en la

que el Alto Tribunal concretó que en aquellos casos en los que la Administración titular del servicio opte por la modalidad de gestión indirecta, en sus distintas formas, puede optar por retribuir al gestor del servicio mediante una tarifa o precio a satisfacer por los usuarios, mediante una retribución de la propia Administración, o mediante una combinación de ambas formas de retribución económica, prestación que tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, no tiene naturaleza tributaria.

En aplicación de la referida Sentencia de 25 de junio de 2019, las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta, en cuanto contraprestaciones abonadas por la prestación de dicho servicio mediante gestión indirecta, a través de

un concesionario, serían prestaciones patrimoniales públicas de carácter no tributario.

Asimismo, el Alto Tribunal afirma que en el ámbito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario el principio de reserva de ley se flexibiliza, indicando, respecto de la determinación de sus límites cuantitativos, que resulta suficiente que se establezca por ley los criterios idóneos a partir de los cuáles sea posible la cuantificación conforme a los fines y principios de la legislación sectorial en que se inserte.

Finalmente, el Tribunal Supremo concreta que en modo alguno es posible introducir cuestiones totalmente nuevas en sede de recurso de casación.

GASTO PÚBLICO, SUBVENCIONES Y RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

EL DEBER DE TRASLADAR, AL TRIBUNAL DE CUENTAS, LOS HECHOS PRESUNTAMENTE GENERADORES DE RESPONSABILIDAD CONTABLE, EN CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 5.2 DEL REAL DECRETO 424/2017, DE 28 DE ABRIL, POR EL QUE SE REGULA EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL INTERNO EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL

Autor: Carlos Cubillo Rodríguez

Cargo: Letrado del Tribunal de Cuentas. Doctor en Derecho

Resumen: El artículo 5.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, establece el mandato a los interventores e interventoras de poner en conocimiento del Tribunal de Cuentas los hechos que detecten y que puedan ser constitutivos de responsabilidad contable. Este deber jurídico resulta de obligado cumplimiento sin perjuicio de que, si los mismos hechos resultaran presuntamente generadores de responsabilidad penal o administrativa sancionatoria, deban ponerse en conocimiento de los órganos competentes para conocer de ellas.

El presente trabajo pretende aportar criterios a los órganos de control interno del Sector Público Local, para la interpretación y aplicación de esta nueva obligación, que no lo es tanto, pero aparece ahora expresada de manera específica.

Por ello, se examinarán los requisitos de la responsabilidad contable desde la perspectiva de este nuevo mandato, las principales áreas de la gestión pública en que se manifiesta, el contenido y límites del deber jurídico establecido por el artículo 5.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, la posible responsabilidad contable por incumplimiento de dicho deber jurídico y el papel del control interno como colaborador de la Jurisdicción Contable.

Palabras clave: responsabilidad contable, control interno, entidad local, contrato, subvenciones, daño patrimonial, ilegalidad financiera.

Abstract: Article 5.2 of Royal Decree 424/2017 of 28 April, regulating the legal regime of internal control in local public sector entities, provides for the mandate for the internal control to inform the Supreme Audit Entity of the facts which they detect and which may constitute financial responsibility. This legal duty is mandatory without prejudice to the fact that, if the same facts are alleged to be the source of criminal or administrative liability, they must be report to the attention of the competent bodies to judge them.

This work aims to provide criteria to the internal supervisory bodies of the Local Public Sector, for the interpretation and application of this new obligation, which is not really new, but is now expressed in a specific way.

Therefore, the requirements of accounting responsibility will be examined from the perspective of this new mandate, also the main areas of public management in which it is manifested, the content and limits of the legal duty established by Article 5.2 of Royal Decree 424/2017, of April 28, the possible financial responsibility for non-compliance with that legal duty and, finally, the role of internal control as a collaborator of the Financial Jurisdiction.

Keywords: financial liability, internal control, local entity, contract, grants, property damage, financial illegality.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CONTENIDO DEL MANDATO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5.2 DEL REAL DECRETO 424/2017, DE 28 DE ABRIL, EN LO RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD CONTABLE
 1. Los sujetos a los que va dirigido el citado mandato
 2. El contenido de la información que se debe trasladar al Tribunal de Cuentas
 3. El momento en que se deben trasladar los hechos a conocimiento del Tribunal de Cuentas
 4. El procedimiento para remitir al Tribunal de Cuentas la información y documentación sobre los hechos presuntamente generadores de responsabilidad contable

- III. HECHOS QUE PUEDEN GENERAR RESPONSABILIDAD CONTABLE
 - 1. Introducción
 - 2. Delimitación del contenido del concepto jurídico de “hechos acreditados y comprobados que pueden dar lugar a responsabilidad contable”
 - 3. Los límites de la información que debe trasladar el órgano de intervención al Tribunal de Cuentas.

- IV. LAS PRINCIPALES ÁREAS DE RIESGO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE, EN LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO
 - 1. Ingresos públicos
 - 2. La contratación del Sector Público
 - 3. Subvenciones y otras ayudas procedentes del Sector Público
 - 4. Urbanismo y ordenación del territorio
 - 5. Gastos de personal y dietas
 - 6. Gastos de representación y protocolo

- V. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD CONTABLE POR INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO DEL ARTÍCULO 5.2. DEL REAL DECRETO 424/2017, DE 28 DE ABRIL

- VI. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL INTERNO DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL COMO COLABORADOR DE LA JURISDICCIÓN CONTABLE

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 5.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, atribuye a los interventores e interventoras locales una triple obligación:

- a) Poner en conocimiento de la Fiscalía o de los Órganos de la Jurisdicción Penal los hechos detectados en el ejercicio de su función que pudieran ser constitutivos de delito.
- b) Poner en conocimiento del Órgano Administrativo competente, los hechos detectados en el ejercicio de su función que pudieran ser constitutivos de infracciones económico-presupuestarias de las previstas en el artículo 28 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Dicho Órgano Administrativo es, de acuerdo con el artículo 31.2,c) de la Ley que se acaba de mencionar, el que tenga atribuida la competencia para incoar procedimientos disciplinarios al funcionario o autoridad de que se trate.
- c) Poner en conocimiento del Tribunal de Cuentas los hechos detectados en el ejer-

cicio de sus funciones que pudieran resultar constitutivos de responsabilidad contable.

Este deber de comunicación, al Tribunal de Cuentas, de hechos presuntamente generadores de responsabilidad contable lo recoge el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, en tres escenarios distintos:

– Cuando se trata de hechos que, además de ser presuntamente constitutivos de delito, pueden también generar posible responsabilidad contable.

– Cuando se trata de hechos que, además de ser presuntamente constitutivos de infracciones económico-presupuestarias de las previstas en el artículo 28 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, pueden generar también posible responsabilidad contable.

– Cuando se trata de hechos que, sin resultar aparentemente generadores de responsabilidad penal o administrativa sancionatoria, presentan indicios racionales de constituir presunta responsabilidad contable.

Este triple escenario que se acaba de describir solo se puede entender si se tiene en cuenta que, aunque por el principio *non bis in idem* no cabe exigir responsabilidad penal y administrativa sancionatoria por unos mismos hechos, sin embargo ambas responsabilidades sí son compatibles con la responsabilidad contable, por ser aquellas punitivas y esta meramente reparatoria. Por eso los procesos penales (que pueden acabar con imposición de penas) y los procedimientos administrativos (que pueden concluir con imposición de sanciones), se pueden tramitar de forma paralela con los procesos de responsabilidad contable, aunque los hechos enjuiciados sean los mismos, ya que el Tribunal de Cuentas no puede imponer sanciones en tales procesos sino, únicamente, el deber de indemnizar al erario público por los daños y perjuicios causados al mismo.

II. EL CONTENIDO DEL MANDATO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 5.2 DEL REAL DECRETO 424/2017, DE 28 DE ABRIL, EN LO RELATIVO A LA RESPONSABILIDAD CONTABLE

1. Los sujetos a los que va dirigido el citado mandato

En este punto, la Norma es clara. Deben poner en conocimiento, del Tribunal de Cuentas, los hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable: *Los Órganos de Intervención de las Entidades Locales*.

2. El contenido de la información que se debe trasladar al Tribunal de Cuentas

La palabra que aparece en el artículo 5.2 del Real Decreto para referirse a lo que debe comunicar, al Tribunal de Cuentas, el interventor o interventora es el vocablo *hechos*.

Ahora bien, el aludido precepto va más lejos, se refiere a hechos *acreditados o comprobados* que pudieran indiciariamente generar responsabilidad contable. El deber de informar al que se está refiriendo el Real Decreto no es una simple obligación de denuncia sino algo jurídicamente más complejo, una función consistente en trasladar al Tribunal de Cuentas unos datos obtenidos de unas previas actuaciones indagatorias y valoraciones en derecho, de carácter técnico y profesional.

No se trata simplemente de detectar unas posibles irregularidades y comunicarlas al Tribunal de Cuentas sino de, ante unos hechos presuntamente generadores de responsabilidad contable, proceder a su comprobación y a una valoración motivada de su presunta antijuridicidad y de sus efectos supuestamente lesivos para el erario público. Lo que se exige al órgano de intervención, por tanto, es que comunique unos hechos concretos e identificados así como las

razones por las que los considera indiciariamente constitutivos de responsabilidad contable.

El Interventor no actúa en estos casos, en consecuencia, como un mero transmisor de información sino como un auténtico órgano de colaboración con la Jurisdicción Contable, pues lo que remite a los órganos competentes para administrarla son datos previamente contrastados y evaluados a través de criterios técnicos especializados, y ello permite, en su caso, la incoación de procedimientos de exigencia de responsabilidades contables sustentados en una información sólida en lo fáctico y técnicamente motivada, en lo jurídico.

El contenido de la información que debe recibir el Tribunal de Cuentas, a la vista de lo que se acaba de exponer, puede consistir, según la naturaleza de las presuntas irregularidades comunicadas, en acontecimientos puramente fácticos, actos o resoluciones administrativos, pero también en omisiones eventualmente injustificadas de deberes jurídicos.

Por lo que se refiere a informes emitidos por órganos municipales o por cargos pertenecientes a entidades dependientes del Ayuntamiento, en principio no pueden dar lugar a responsabilidad contable pues tanto la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, como la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo, atribuyen este tipo de responsabilidad a quienes, por acción u omisión, deciden de forma efectiva cómo se gestionan unos determinados bienes y derechos de titularidad pública, no pudiendo ser responsables contables quienes desarrollan una mera función de asesoramiento, porque esta no implica administración directa de fondos públicos.

Respecto a la posible identificación de personas concretas que hubieran podido parti-

cipar en los hechos comunicados, creo que rebasaría con creces el contenido de la obligación que se impone en el artículo 5.2 del Real Decreto. Una cosa es que se identifique el órgano que ha dictado el acto o resolución administrativos controvertidos o que ha omitido el ejercicio de alguna función, y otra que se mencione a personas físicas o jurídicas concretas como posibles intervinientes en los hechos y menos aún como posibles responsables contables de las presuntas irregularidades comunicadas.

Finalmente, debe indicarse que a mi juicio el aludido precepto reglamentario tampoco obliga al órgano de intervención a practicar una cuantificación posible del menoscabo patrimonial que los hechos hubieran podido provocar al erario público. Podrá introducir datos como el precio de los contratos o la suma a que asciendan las ayudas públicas concedidas, pero no sobre eventuales daños y perjuicios supuestamente ocasionados en los fondos públicos como consecuencia de los hechos trasladados.

Tanto la determinación de los posibles responsables contables, directos o subsidiarios, de las presuntas irregularidades, como el cálculo, cuando proceda, de los eventuales quebrantos provocados a las arcas públicas, deben hacerse en sede jurisdiccional contable sin perjuicio de que los órganos competentes para actuar en dicha sede puedan –y así sucede con frecuencia– solicitar opinión técnica e información adicional al órgano de Intervención, ya sea en las diligencias de averiguación de la fase instructora, o como medio de prueba admitido en juicio.

No quedaría completo este apartado sobre el contenido del mandato previsto en el artículo 5.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, en lo relativo a la responsabilidad contable sin hacer referencia a que la Instrucción del Pleno del Tribunal de Cuentas de

15 de enero de 2020, publicada en el BOE el posterior día 17 del mismo mes y año, dice que la información que tiene que trasladar a dicha Institución el órgano de intervención local debe incluir un archivo, en formato pdf, con la documentación que fundamente la existencia y trascendencia jurídica de los hechos comunicados.

Por último, indicar que resulta de especial importancia que el órgano de intervención que traslada al Tribunal de Cuentas los hechos, incluya en su información si por los mismos se ha incoado algún expediente administrativo de responsabilidad contable o de reintegro de subvenciones por la propia entidad local.

3. El momento en que se deben trasladar los hechos a conocimiento del Tribunal de Cuentas

De acuerdo con la Instrucción del Pleno del Tribunal de Cuentas a la que se acaba de aludir, el órgano de intervención debe trasladar los hechos tan pronto como tenga conocimiento de los mismos.

Esta previsión, sin embargo, debe interpretarse dentro del contexto del artículo 5.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, que exige que se comuniquen *hechos acreditados y comprobados*, lo que implica que lo que se exige al órgano de intervención no es que ponga en conocimiento del Tribunal de Cuentas unas presuntas irregularidades en el momento de haberlas detectado sino una vez concluidas las necesarias revisiones, indagaciones y valoraciones jurídicas que permitan exponer esas posibles irregularidades como hechos derivados de un examen riguroso y que han sido tamizados a través de criterios técnicos.

Este punto de vista se refuerza si se tiene en cuenta el antes aludido mandato de

acompañar con la comunicación un archivo, en formato pdf, con la documentación que fundamente la existencia y trascendencia jurídica de los hechos comunicados, pues ello implica que el Interventor, antes de comunicar las presuntas irregularidades, debe buscar, seleccionar y valorar documentos.

De esta forma, se intenta evitar una remisión prematura y precipitada de datos sobre hechos insuficientemente contrastados, evaluados y calificados pero, a la vez, prevenir las demoras injustificadas en la comunicación, al Tribunal de Cuentas, de presuntas irregularidades que ya han sido comprobadas a través de criterios técnicos y evaluadas desde una perspectiva jurídica.

Todo ello, teniendo en cuenta que la *acreditación y comprobación* a las que se refiere el Real Decreto no deben interpretarse de manera que permitan una invasión, por el órgano de intervención, de investigaciones o valoraciones que solo corresponden a los órganos de la Jurisdicción Contable.

4. El procedimiento para remitir al Tribunal de Cuentas la información y documentación sobre los hechos presuntamente generadores de responsabilidad contable

De acuerdo con la antes aludida Instrucción, aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 15 de enero de 2020 y publicada en el BOE el posterior día 17, la comunicación se realizará incluyendo la información y documentación que la acompañe, en una casilla especial habilitada al efecto, en la Plataforma de Rendición de Cuentas de las Entidades Locales.

III. HECHOS QUE PUEDEN GENERAR RESPONSABILIDAD CONTABLE

1. Introducción

Para que un gestor de fondos públicos o un perceptor de ayudas públicas incurran en responsabilidad contable, tienen que apreciarse en su conducta todos y cada uno de los requisitos de ese tipo de responsabilidad jurídica, que se recogen en los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo. Tales requisitos son los siguientes:

- a) Que se haya producido una acción u omisión constitutiva de una gestión de bienes y derechos de titularidad pública.

El manejo, recaudación, intervención, custodia, administración o utilización de fondos públicos se consideran en el artículo 15.1 de la antes citada Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas como actuaciones incluidas, a los efectos de la responsabilidad contable, en el concepto de *gestión de bienes y derechos de titularidad pública*.

Como ya se ha dicho, en materia de subvenciones no solo puede incurrir en responsabilidad contable el gestor de caudales públicos que actúa ilegalmente desde la Administración concedente de la ayuda, sino también la persona física o jurídica, pública o privada, que perciba la cantidad indebidamente o la justifique de forma inadecuada o insuficiente, o la aplique a fines distintos de los jurídicamente exigibles.

- b) Que la acción u omisión sea contraria al régimen jurídico contable o presupuestario aplicable al Sector Público.

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas han venido siendo uniformes en cuanto a que la expresión

normativa contable y presupuestaria, debe ser objeto de una interpretación flexible que permita considerarla coincidente con la expresión *normativa reguladora de la actividad económico-financiera del Sector Público*.

Así, como luego se verá, no solo deben considerarse generadores de responsabilidad contable los incumplimientos que afecten a la Ley de Haciendas Locales, a la Ley Orgánica de Equilibrio Presupuestario y Sostenibilidad Financiera, a las normas de Contabilidad Pública y Privada aplicables al Sector Público Local y, en general, a las leyes y reglamentos de contenido íntegramente presupuestario, tributario o mercantil, sino también las vulneraciones de preceptos que, aunque no formen parte de normas estrictamente contables o presupuestarias, se refieran a la gestión de ingresos y gastos públicos, como sucede, por ejemplo con algunos artículos de la Ley de Contratos del Sector Público, de la Ley General de Subvenciones, de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas o de la Ley del Suelo, entre otras.

- c) Que la acción u omisión hayan dado lugar a un daño real, efectivo, económicamente evaluable e identificado respecto a concretos fondos públicos (en este sentido, debe tenerse en cuenta el artículo 59.1 de la antes citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

- d) Que entre la acción u omisión y el menoscabo ocasionado al patrimonio público exista una relación de causalidad, que no haya quedado interrumpida por ningún elemento de fuerza mayor o caso fortuito.

- e) Que en la acción u omisión concorra dolo o negligencia grave.

Los criterios interpretativos de cuándo se da y cuándo no este requisito subjetivo, en lo relativo a la responsabilidad contable, pueden extraerse de una amplia Doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, cuyas resoluciones están publicadas en la página Web del citado Tribunal.

2. Delimitación del contenido del concepto jurídico de *hechos acreditados y comprobados que pueden dar lugar a responsabilidad contable*

Una interpretación jurídicamente correcta del artículo 5.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, permite afirmar que el órgano de intervención debe considerar presuntamente constitutivos de responsabilidad contable y, en consecuencia, comunicarlos al Tribunal de Cuentas, los hechos en los que, una vez realizadas las oportunas comprobaciones previas, concurren en su opinión dos características:

- a) Se trata de acciones u omisiones que vulneran la normativa reguladora de la actividad económico - financiera del Sector Público Local.

Las conductas comunicadas deben presentar una apariencia razonable de incumplimiento de dos tipos de normas, cualquiera que sea su jerarquía y naturaleza:

– Las específicamente dictadas para regular, con carácter general, la forma de administrar los recursos públicos (presupuestarias, tributarias, contables, etc.).

– Las dictadas para regular la organización y el funcionamiento del Sector Público en general pero, en este caso, solo cuando el incumplimiento haya afectado a algún precepto de estas normas cuyo contenido regule cómo gestionar los fondos públicos (reglas para la adjudicación de los contratos públicos, requisitos para la justificación de las subvenciones, rentas por alquileres de inmuebles públicos, plazos de prescripción de los derechos de cobro a favor del Sector Público...).

- b) Se trata de acciones u omisiones que podrían haber dado lugar a un menoscabo injustificado en el patrimonio público.

Las conductas comunicadas deben presentar una apariencia razonable de haber provocado gastos sin justificación o ausencia injustificada de ingresos. En definitiva, se debe informar de cualquier actuación que presuntamente vaya a generar un efecto patrimonial nocivo para el erario público.

3. Los límites de la información que debe trasladar el órgano de intervención al Tribunal de Cuentas

De la misma forma que, como se acaba de expresar, el Interventor o Interventora de la Administración Local deben trasladar al Tribunal de Cuentas los hechos acreditados y comprobados que puedan haber supuesto una vulneración de la normativa reguladora de la actividad económico-financiera del Sector Público Local y, a la vez, un menoscabo injustificado en los fondos públicos municipales, hay otros aspectos que no deberían formar parte de la información remitida. Así:

- a) Como ya se ha dicho, la identificación de personas concretas que hayan intervenido en los hechos, sin perjuicio de que se deba hacer referencia al órgano que dictó el acto o resolución controvertida o al que tenía la competencia para actuar e, indebidamente, no lo hizo. Ello no obsta para que si se trata de contratos o ayudas públicas, al identificarlos pueda aparecer el nombre del contratista o del receptor de la subvención, pero como mero dato informativo, ajeno al contenido concreto de la presunta irregularidad comunicada.
- b) Como también se ha dicho, la cuantificación del posible daño causado a los fondos públicos. Una cosa es trasladar un hecho y motivar su carácter presuntamente lesivo para el patrimonio público y otra distinta descender al detalle de la cuantificación de

ese eventual perjuicio. Ello no quiere decir que la comunicación remitida al Tribunal de Cuentas por el órgano de intervención no pueda contener, a efectos meramente informativos, datos como el precio de un contrato, la suma a que asciende una subvención, la cuantía de unas retribuciones o dietas pagadas, etc. Pero nunca una evaluación provisional de daños.

- c) Referencias al dolo, a la negligencia grave o a la relación de causalidad entre la presunta ilegalidad y los supuestos daños causados por la misma.
- d) Referencias a la posible prescripción de las presuntas responsabilidades contables.

Estas exclusiones del contenido de la información que el órgano de intervención debe mandar al Tribunal de Cuentas no solo obedecen a objetivos de protección de datos, sino también a la finalidad de no forzar el ámbito de competencias propio del control interno del Sector Público Local y de evitar que se produzca, por exceso de información, una invasión de competencias reservadas a los órganos de instrucción y enjuiciamiento de las responsabilidades contables.

IV. LAS PRINCIPALES ÁREAS DE RIESGO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CONTABLE, EN LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO

El órgano de intervención puede encontrar presuntas infracciones jurídicas, eventualmente generadoras de daños al patrimonio público, en todas las áreas de la actividad económico-financiera del Sector Público Local. Los ámbitos más comunes en los que pueden aparecer hechos indiciariamente constitutivos de responsabilidad contable son los siguientes:

1. Ingresos públicos

La responsabilidad contable puede originarse por una gestión indebida de los ingresos públicos, particularmente en dos casos:

- a) Falta de liquidación de derechos.
- b) Falta de cobro de derechos liquidados.

Estas posibles irregularidades no solo pueden producirse en el ámbito tributario sino en muchos otros (ausencia de liquidación o cobro de indemnizaciones, de penalidades pactadas en un contrato, de sanciones pecuniarias, de rentas de alquileres, etc.).

Dentro de esta categoría se encuadrarían las condonaciones ilegales o las prescripciones injustificadas de derechos.

2. La contratación del Sector Público

Son muchas las infracciones en esta área que pueden dar lugar a responsabilidad contable (actuaciones orientadas a vulnerar los principios de publicidad y concurrencia en la adjudicación, falta de requerimiento de la prestación de garantía o aceptación de una garantía inferior a la legalmente establecida, celebración de contratos innecesarios por no tener relación con la actividad institucional, etc.).

Sin embargo, los principales casos de posible responsabilidad contable se plantean en la fase de ejecución del contrato, cuando entre el precio que se paga (que debe ser idóneo según la legislación de contratos) y la cantidad y calidad de las prestaciones que se reciben no existe equilibrio, de manera que el esfuerzo patrimonial que hace la administración o entidad del Sector Público Local resulta desproporcionado en comparación con lo que recibe a cambio. Aquí encajarían, entre otros, los supuestos de contratación simulada (disfrazar de con-

trato una salida injustificada de fondos públicos), la firma de certificaciones de obra que no se ajustan a la realidad, los casos de ineficiencia extrema constitutivos de despilfarro (cuando se pagan sin justificación precios notoriamente superiores a los de mercado), etc.

Una cuestión que conviene recordar es que la responsabilidad contable no solo puede surgir del incumplimiento de las normas económico-financieras de la Ley de Contratos del Sector Público, sino también de la infracción de las que se contemplan en la legislación patrimonial (aplicables a las compraventas, permutas, donaciones...). Tanto la citada Ley de Contratos del Sector Público como la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas dejan claro que estos contratos, aunque funcionan en el tráfico sujetos a normas de derecho privado, están sometidos a determinadas cautelas de derecho público que no deben obviar (publicidad, buena gestión financiera...).

3. Subvenciones y otras ayudas procedentes del Sector Público

Este sector de la actividad económico-financiera pública tiene una peculiaridad en materia de responsabilidad contable, es el único en el que este tipo de responsabilidad puede exigirse no solo al gestor público que adopta las decisiones o incumple sus deberes, sino también al receptor de la ayuda aunque sea una persona física o jurídica particular.

A los efectos del artículo 5.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, el órgano de intervención deberá tener en cuenta que la posible responsabilidad contable puede venir de actuaciones presuntamente antijurídicas de los administradores públicos de las ayudas, pero también de los receptores de las mismas.

Así, puede dar lugar a responsabilidad contable la concesión de una ayuda a quien no tiene derecho a recibirla, pero también la percepción de esa ayuda por quien no tiene derecho a ella u oculta los motivos por los que no se le debería haber dado.

De la misma forma, puede incurrir en responsabilidad contable quien no requiere la justificación o no la revisa correctamente, pero también el beneficiario que incumple sus deberes de justificación.

Finalmente, también puede generar responsabilidad contable la aplicación de los fondos recibidos a fines distintos de aquellos por los que se concedieron.

En todo caso, al existir en materia de subvenciones un procedimiento administrativo de reintegro previsto en la normativa específica, la comunicación que se haga al Tribunal de Cuentas sobre hechos presuntamente constitutivos de responsabilidad contable debería ir acompañada de información sobre si se ha incoado o no, por esos hechos, uno de estos expedientes administrativos de reintegro.

4. Urbanismo y ordenación del territorio

Se trata de no de los ámbitos de la actividad económico-financiera del Sector Público en el que han proliferado con mayor intensidad los casos de corrupción, en los últimos años. Por ello resulta también un caladero importante de posibles supuestos de responsabilidad contable. En particular, podemos encontrar este tipo de responsabilidad jurídica en áreas como:

- a) La propiedad del suelo (valoración deficiente de los terrenos, gestión indebida del patrimonio público del suelo, incorrecto ejercicio de derechos de tanteo y retracto...).

- b) Ejecución del planeamiento (por ejemplo la articulación fraudulenta de una operación a través de un convenio urbanístico para eludir los requisitos de publicidad y concurrencia propios de la contratación pública).
- c) Edificación (así, la concesión o revocación indebida de licencias).
- d) Disciplina urbanística (infracciones tipificadas penal o administrativamente, cometidas por los gestores públicos, que provocan un daño injustificado en el patrimonio público).
- e) Recalificación ilegal de terrenos con efectos lesivos para el patrimonio público.

Más difícil resulta encontrar posibles responsabilidades contables en el ámbito del planeamiento urbanístico dado que, como ya se ha dicho, el tipo de actuación que puede incurrir en responsabilidad contable es aquella que implica disposición de fondos públicos, y la mera planificación no implica, por sí sola, decisiones que por acción u omisión impliquen de forma directa e injustificada gastos o ausencias de ingresos.

5. Gastos de personal y dietas

Existe abundante Doctrina, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, sobre posibles responsabilidades contables derivadas del pago de cantidades excesivas en el concepto de gastos de personal. Aquí se integrarían los supuestos de pago de retribuciones a los empleados públicos por encima de los límites establecidos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado o el abono de retribuciones total o parcialmente indebidas.

Por otro lado, también puede generar responsabilidad contable el pago de dietas a las que el perceptor no tiene derecho o la falta de justificación, por el mismo, del uso público autorizado dado a las cantidades recibidas. La casuística demuestra que, en la práctica,

la mayor parte de los procesos de responsabilidad contable que se tramitan en materia de dietas, se refieren a las satisfechas por asistir a actos que no daban derecho a percibir las o a la falta de justificación de las recibidas por desplazamientos y manutención.

6. Gastos de representación y protocolo

Este apartado no suele tener mucha relevancia desde el punto de vista de las cantidades indebidamente gastadas, pero en cambio tiene una enorme importancia cualitativa porque genera una especial alarma social y un intenso seguimiento mediático.

Para que no se aprecie responsabilidad contable en la realización de este tipo de gastos, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas viene exigiendo dos requisitos:

- a) Justificación formal del pago realizado (factura, ticket acreditativo, recibí, etc.).
- b) Justificación material (acreditación de que los fondos se invirtieron en una finalidad pública, propia del cargo que se ostentaba y relacionada con la representación institucional del Ayuntamiento o de un organismo o entidad dependiente del mismo).

V. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD CONTABLE POR INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO DEL ARTÍCULO 5.2. DEL REAL DECRETO 424/2017, DE 28 DE ABRIL

Al margen de los requisitos de la responsabilidad contable previstos en los artículos 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo, antes señalados, deben tenerse en cuenta también los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica que se acaba

de citar y que definen cuándo la responsabilidad contable puede ser directa y cuándo subsidiaria.

El artículo 42 establece que serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución.

El artículo 43, por su parte, considera responsables subsidiarios a quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las leyes o reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas.

La respuesta jurídica que da el legislador a uno y otro caso es diferente:

a) Responsabilidad contable directa:

- Es solidaria.
- Abarca todos los daños y perjuicios causados al erario público.
- Incluye los intereses desde la fecha en que se produjeron los hechos.
- No puede ser objeto de moderación.

b) Responsabilidad contable subsidiaria:

- Solo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las responsabilidades directas.
- Solo abarca los daños y perjuicios que sean consecuencia de los actos del sujeto activo.
- Solo abarca los intereses desde la fecha en que se requiere de pago al sujeto activo.

- Puede ser objeto de moderación prudencial y equitativa.

Si el incumplimiento del mandato del artículo 5.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, encaja en alguna de estas conductas puede dar lugar a responsabilidad contable, pero siempre que en las mismas concurren también los requisitos generales de este tipo de responsabilidad ya señalados.

Las funciones del control interno pueden constituir gestión de bienes y derechos de titularidad pública a los efectos de la responsabilidad contable de acuerdo con el artículo 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas. El incumplimiento del deber de trasladar los hechos al Tribunal de Cuentas puede constituir una vulneración normativa de contenido económico-financiero y dar lugar a un menoscabo en los fondos públicos.

Pero esto no basta para incurrir en responsabilidad contable, hace falta también que el incumplimiento de ese deber de comunicación haya sido doloso o gravemente negligente y, además, causa del daño patrimonial provocado.

En consecuencia, si la falta de información al Tribunal de Cuentas es consecuencia de un error excusable porque se dan las circunstancias previstas en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y en la Doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, no habrá dolo ni negligencia grave ni, por tanto, responsabilidad.

Por otro lado, si el daño al erario público no hubiera tenido relación alguna con la omisión del deber de comunicación por el órgano de intervención, no cabría apreciar conexión causal entre esa pasividad indebida y el menoscabo patrimonial ocasionado a los concretos fondos públicos de que se trate, por lo que tampoco podría reclamarse responsabilidad contable.

Para terminar, hay dos ideas que no pueden pasarse por alto:

- El cumplimiento, por el órgano de intervención, del mandato del artículo 5.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, puede afectar a la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad contable.
- La ausencia de reparo o de advertencia de ilegalidad por el órgano de intervención suele ser un argumento habitual de defensa esgrimido por los gestores de fondos públicos enjuiciados por responsabilidad contable.

VI. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL INTERNO DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL COMO COLABORADOR DE LA JURISDICCIÓN CONTABLE

El artículo 5.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, no hace sino poner de relieve algo que ya se desprendía de la legislación precedente, que el órgano de intervención del Sector Público Local asume un papel relevante de apoyo a la Jurisdicción Contable.

Aunque, como ya hemos dicho, el interventor o interventora pueden incurrir en responsabilidad contable, ello puede considerarse tangencial pues para que suceda su conducta debe ajustarse a los requisitos de los artículos 38, 42 o 43 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del mismo, lo que solo sucede si actúan de forma contraria a derecho, dolosa o gravemente negligente y lesiva para los fondos públicos.

El papel normal y habitual que corresponde a los órganos locales de control interno es el de colaborar con la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas en la recuperación de los cau-

dales y efectos públicos injustificadamente perdidos.

En la práctica, este papel se articula de diferentes maneras:

- a) Mediante el cumplimiento del mandato del artículo 5.2. del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, que posibilita la incoación de procesos para exigir responsabilidad contable.
- b) Colaborando con el Delegado Instructor de las Actuaciones Previas a la exigencia de responsabilidad contable por alcance.

De acuerdo con el artículo 47 de la ya citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, antes de la primera instancia procesal se desarrolla una previa fase instructora en la que el órgano competente, entre otros cometidos, debe practicar diligencias de averiguación para esclarecer los hechos. Tratándose de procedimientos relativos a la actividad económico-financiera del Sector Público Local, resulta común que el Delegado Instructor recurra a la colaboración del interventor local para obtener información, documentación o informes técnicos.

- c) Colaborando en la primera instancia del proceso.

No debe olvidarse que, de acuerdo con la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, los informes de los órganos de control interno tienen una eficacia probatoria reforzada, esto es, que son considerados como medios de prueba cualificados cuya desvirtuación exige una actividad probatoria muy reforzada en contrario.

Por otra parte, también resulta frecuente la presencia del interventor local en el acto del juicio de los procedimientos de responsabilidad contable en condición de testigo-perito, para aportar su formación y experiencia profesionales a la determinación, cuantificación y valoración jurídica de los hechos enjuiciados.

En mi asistencia a encuentros profesionales con participación de interventores e interventoras del Sector Público local, con frecuencia me han transmitido una inquietud por la relevancia que se concede a sus informes y opiniones fuera del propio Ayuntamiento, una sensación de desánimo por la sospecha de que sus actuaciones, a menudo desarrolladas con un alto coste en forma de desgaste personal o profesional, pudieran no tener los efectos que debieran.

En lo relativo a la Jurisdicción del Tribunal de Cuentas, los profesionales del control interno local pueden desprenderse con toda justificación de esa visión pesimista pues toda la información que procede de ellos y se recibe en la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, resulta fundamental como motivo para la posible incoación de procesos, como medio de prueba cualificada en los mismos y como causa de actuaciones, por el Ministerio Fiscal o por los órganos de instrucción y enjuiciamiento contable, orientadas a propiciar la exigencia de otras responsabilidades jurídicas, al margen de la contable, por los órganos administrativos o jurisdiccionales competentes para reclamarlas.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez de Miranda García, Ramón. "La rendición de cuentas a la ciudadanía por las instituciones de control externo." *Revista Española de Control Externo*. Vol. XVII. núm. 51. Septiembre de 2015.
- Aragón Sánchez, Cristóbal. "El control externo de la gestión económico financiera de los entes locales. El Tribunal de Cuentas y los OCEX." *Cuadernos de Administración Local, serie teórica*. Consejería de Medioambiente y Desarrollo Regional. Comunidad de Madrid.
- Aznar López, Manuel. "Multa coercitiva y rendición de cuentas." *Revista Española de Control Externo*. Vol. XVII. núm. 50. Mayo de 2015.
- Fernández Ajenjo, José Antonio. "El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción." Civitas, Thomson Reuters. Pamplona. 2011.
- Fernández, Tomás Ramón. "Manual de derecho urbanístico." *La Ley*, Grupo Wolters Kluwer, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid. 2007.
- Oltra-Oro, Stéphaney. "El papel del Tribunal de Cuentas de Francia en materia de sostenibilidad de las políticas públicas." *Revista Española de Control Externo*. Vol. XIX. núm. 56. Mayo de 2017.
- Pascual García, José. "Régimen Jurídico del Gasto Público. Presupuestación, ejecución y control." *Boletín Oficial del Estado*. Madrid. 1999.
- Pérez Tórtola, Ana María. "Transparencia y Tribunal de Cuentas. La responsabilidad contable y la futura normativa de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno." *Revista Española de Control Externo*. Vol. XIV. núm. 42. Septiembre de 2012.
- Portillo Navarro, María José y Merino Estrada, Valentín (coordinadores). "Crisis económica y entidades locales." *Lex Nova Thomson Reuters*. Valladolid. 2005.
- Páginas Web:
 - www.intosai.org
 - www.tcu.es
 - www.minhafp.gob.es
 - www.ief.es
 - www.airef.es
 - www.transparencia.org
 - www.igae.pap.minhafp.gob.es
 - www.agenciatributaria.es

OTROS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

LA DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD ANTE CONDUCTAS OBSTATIVAS DE LA ACCIÓN RECAUDATORIA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2020 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO

The declaration of civic responsibility under the terms of article 42 of the General Tax Act: Commentary on the Judgement of the Administrative Chamber of the Supreme Court of 27 January 2020

Autor: Luis Ernesto Guerrero Jiménez

Cargo: Abogado

Resumen: A través de la Sentencia objeto de estudio, se analiza la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 174.5 de la Ley General Tributaria, interpretación que no puede verse alterada en atención a la condición del declarado responsable. Asimismo, se profundiza en la limitación introducida en el párrafo segundo del citado precepto y justificada por la responsabilidad específica prevista en el artículo 42.2 LGT.

Palabras clave: derivación de responsabilidad, responsabilidad solidaria, acción recaudatoria.

Abstract: The Supreme Court analyses doctrine on the interpretation of Article 174.5 of the General Tax Law. The said interpretation cannot be altered in view of the condition of the person declared responsible. Likewise, it goes deeper into the limitation introduced in the second paragraph of the aforementioned precept and that is justified by the specific liability provided for in Article 42.2 General Tax Law.

Keywords: derivation of responsibility, joint and several liability, collection action.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
 1. Antecedentes de hecho
 2. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo
 3. Fallo de la Sentencia
- II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES
- III. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes de hecho

Con fecha 18 de octubre de 2011, la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la AEAT de Madrid dictó acuerdo por el cual al administrador de una sociedad (y recurrente en casación) se le declaraba responsable solidario conforme al artículo 42.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) de las deudas contraídas por dicha sociedad y por cuantía de 1.001.367,19 euros. Dichas deudas tenían su origen en la liquidación de fecha 16 de septiembre de 2011 del Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2004 a 2006, y por importe de la citada cuantía.

En el ínterin y con fecha 22 de octubre de 2007, la sociedad, representada por el hermano del recurrente en casación, vendió un inmueble a este y a su esposa por precio de 650.000 euros.

El procedimiento de declaración de responsabilidad se incoa en fecha 30 de agosto de 2011, presentando el administrador alegaciones al acuerdo de incoación en fecha 27 de septiembre de 2011, y dictándose el acuerdo de declaración de responsabilidad solidaria el 18 de octubre de 2001.

Dicho acuerdo se sustentaba sobre la base de que el actor era administrador único de la sociedad el 15 de febrero de 2011. El citado acuerdo fue recurrido ante el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid en fecha 4 de enero de 2012, que fue desestimado por resolución de fecha 28 de enero de 2013. Recurrida en alzada en fecha 13 de marzo de 2013, fue desestimada por resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 28 de abril de 2015.

Contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, formula recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional interesando que se anule la resolución impugnada o subsidiariamente que se reduzca el importe del alcance de la responsabilidad solidaria en la cifra de 650.000 euros.

Así, sostiene en su demanda la parte actora que ha prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la correspondiente liquidación respecto del deudor principal (la sociedad), toda vez que no deben ser computadas como dilaciones imputables al contribuyente dos períodos de tiempo respectivos de 148 y 129 días, por lo que, concluye que ha transcurrido un plazo superior a doce meses de duración de las actuaciones entre la fecha de notificación del inicio de las actuaciones de comprobación, 22 de febrero de 2008, y el de la ratificación del acuerdo de liquidación, el 27 de septiembre.

A lo que la Audiencia Nacional, trayendo a colación un pronunciamiento del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, interpreta que la aplicación del artículo 174.5 LGT debe *realizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, valorando entre otras circunstancias el hecho de que el declarado responsable solidario haya podido tener conocimiento de las actuaciones de comprobación respecto del deudor principal.*

En este sentido, como el recurrente actuó como representante ante la Administración tributaria en las actuaciones de comprobación seguidas respecto de la sociedad, a juicio de la Sala de instancia, *pudo en el momento de la regularización de dicha sociedad invocar el motivo de prescripción formulado*, rechazando el motivo impugnado. En otras palabras, que dicha cuestión debió dilucidarse en el procedimiento relativo a la propia liquidación, y no en el procedimiento de derivación.

Respecto del alcance de la responsabilidad, señala la Sala de instancia que no cabe objetar que la Administración tributaria haya tenido en cuenta el valor de tasación hipotecaria del inmueble transmitido en 1.150.948 euros, dado que fue libremente aceptado por los adquirentes, no habiendo aportado prueba de contrario para desvirtuar sus propios actos.

Asimismo, rechaza la Sala la reducción de la derivación, dado que si bien se aportó correspondiente cheque de pago con motivo de la transmisión del bien, lo cierto es que, ello no puede desvirtuar el contenido del acto impugnado, en la medida en la que, conforme al artículo 1.170 del Código Civil el pago mediante cheques requiere que se hayan realizado, esto es, que se haya correspondido con un ingreso efectivo en el patrimonio del acreedor (la sociedad), lo que tampoco consta suficientemente acreditado en autos. Por ello, desestima la Audiencia Nacional el recurso, confirmando la resolución impugnada y condenando en costas a la parte recurrente.

2. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

Recurrida la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y admitido el recurso, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en *determinar si la posibilidad que brinda el artículo 174.5, primer párrafo, LGT, de impugnar, en el recurso o reclamación contra el acuerdo de derivación de responsabilidad, el presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que dicho presupuesto alcanza, queda excepcionalmente o puede ser de algún modo restringida si el responsable era administrador de la sociedad cuando se aprobaron las liquidaciones y demás actos administrativos cuya responsabilidad se le deriva.*

La parte recurrente manifiesta que el declarado responsable debe tener derecho a alegar cualquier causa que suponga la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo, tanto en relación con la deuda que se le reclama como en relación con el propio supuesto de hecho que origina el expediente de derivación de responsabilidad. Asimismo manifiesta, que la infracción del artículo 174 LGT se produce como consecuencia de la prescripción del derecho de la Administración a dictar la liquidación que ha sido objeto de derivación, por haber transcurrido el periodo de duración de las actuaciones inspectoras regulado en el artículo 150 LGT.

Ahora bien, el Alto Tribunal, como bien apunta el Sr. Abogado del Estado, señala que se produce *una desviación procesal, en tanto no estamos ante el supuesto contemplado en el artículo 174.5 párrafo primero LGT, sino ante el párrafo segundo, cuyo mandato es categórico, en el sentido de que expresamente dispone que en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 42 de esta Ley no podrán impugnarse las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, sino el alcance global de la responsabilidad. Por tanto, aun cuando no pueda acogerse la interpretación que al respecto hace la Sala de instancia, la aplicación del citado precepto resulta innecesaria para resolver el caso que nos ocupa, al ser de aplicación el párrafo segundo.*

3. Fallo de la Sentencia

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, desestima el recurso casación nº 172/2017 interpuesto contra la sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2016.

II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES

Mediante la Sentencia analizada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tiene la oportunidad de recuperar la doctrina que ha venido sentando en los últimos años sobre la interpretación del artículo 174.5, párrafo primero de la Ley General Tributaria, doctrina que no obstante, no resulta aplicable para resolver el recurso de casación, al constatarse *un desajuste entre la cuestión a dilucidar reconocida en el auto de admisión que posee interés casacional objetivo, y el debate sostenido en la instancia, sin que exista la imprescindible relación directa y necesaria con el asunto ahora debatido.*

El legislador español determinó en la redacción actual del párrafo primero del artículo 174.5 de la Ley General Tributaria el alcance de la impugnación del acuerdo de derivación de responsabilidad:

En el recurso o reclamación contra el acuerdo de derivación de responsabilidad podrá impugnarse el presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, sin que como consecuencia de la resolución de estos recursos o reclamaciones puedan revisarse las liquidaciones que hubieran adquirido firmeza para otros obligados tributarios, sino únicamente el importe de la obligación del responsable que haya interpuesto el recurso o la reclamación.

Para a continuación, limitar en el párrafo segundo *in fine* del citado artículo la impugnación al alcance global de la responsabilidad solidaria en los supuestos de responsabilidad solidaria recogidos en el artículo 42.2 LGT:

No obstante, en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 42 de esta Ley no podrán impugnarse las liquidaciones a las que

alcanza dicho presupuesto, sino el alcance global de la responsabilidad. Asimismo, en los supuestos previstos en el citado apartado no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 212.3 de esta Ley, tanto si el origen del importe derivado procede de deudas como de sanciones tributarias.

El acto administrativo de derivación de responsabilidad *constituye un requisito de procedibilidad a partir del cual se adquieren los derechos del sujeto pasivo y puede impugnarse, por tanto la liquidación, o la propia declaración de responsabilidad en los términos que resultan del art. 174.5 LGT y del derecho a la tutela judicial efectiva*¹. No obstante, encuentra una doble limitación: la redacción del primer párrafo impide revisar liquidaciones que hubieran adquirido firmeza para otros obligados tributarios más allá del importe de la obligación del responsable que haya interpuesto el recurso o la reclamación; asimismo, el párrafo segundo del citado artículo introduce una excepción respecto a la responsabilidad derivada de determinadas conductas obstativas de la acción recaudatoria.

Y entre los presupuestos de hecho necesarios para acordar la derivación de responsabilidad solidaria, el artículo 42.2.a) tipifica la ocultación o la transmisión, o la colaboración en la ocultación o la transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria.

De acuerdo con el anterior precepto, la responsabilidad solidaria requiere de la concurrencia de una deuda tributaria pendiente de pago y de la realización o colaboración en una conducta consistente en la ocultación de bienes o derechos del deudor realizada con el designio de sustraer esos bienes o derechos al procedimiento ejecutivo de cobro, impidiendo su embargo².

Pues bien, de acuerdo con los términos con los que se pronuncia la Sala de instancia, si bien las deudas proceden de la regularización por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2004 a 2006 relativos a la entidad de la que el recurrente era administrador único, lo cierto es que derivan de la transmisión que dicha entidad, representada por el hermano del recurrente hace de un inmueble a favor de este y de su esposa, quedando constatado a la postre que la responsabilidad solidaria declarada lo es conforme al artículo 42.2.a) LGT.

Ahora bien, no es sino en base a una interpretación restrictiva del párrafo primero del artículo 174.5 LGT, que la Sala de instancia no atendió la prescripción de la deuda principal. Así, haciendo suya una interpretación del Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de septiembre de 2014³, entiende que *la aplicación de este precepto debe realizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, valorando entre otras circunstancias el hecho de que el declarado responsable solidario haya podido tener conocimiento de las actuaciones de comprobación respecto del deudor principal.*

Así, la actuación del recurrente como representante ante la Administración tributaria en las actuaciones de comprobación de la sociedad, fue utilizada por la Sala de instancia para rechazar la impugnación del recurso a la resolución del TEAC que se sostenía en base a la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación respecto del deudor principal.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo, en la Sentencia analizada, recuerda su más reciente doctrina sobre la interpretación del párrafo primero del artículo 174.5 LGT, declarando la posibilidad de impugnar por el responsable tributario en el recurso o reclamación contra el acuerdo de derivación de responsabilidad el presupuesto de hecho

habilitante y las liquidaciones a las que dicho presupuesto alcanza, *sin que tales facultades queden excepcionadas o puedan limitarse por la circunstancia de ser declarado responsable administrador de la sociedad cuando aquellas liquidaciones o acuerdos fueron adoptados.*

Dicha interpretación se extiende también a los supuestos en los que las liquidaciones o los acuerdos sancionadores hubieran ganado firmeza, supuestos en los que tales disposiciones solo resultan intangibles para los obligados principales, pero no para quienes, como responsables, tienen a su alcance las plenas facultades impugnatorias mencionadas.

De acuerdo con lo dispuesto en la redacción originaria del artículo 174.5 LGT:

En el recurso o reclamación contra el acuerdo de declaración de responsabilidad podrá impugnarse el presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, sin que como consecuencia de la resolución de estos recursos o reclamaciones puedan revisarse las liquidaciones que hubieran adquirido firmeza sino únicamente el importe de la obligación del responsable.

En su redacción anterior a la modificación introducida en 2006, se señalaba expresamente que en tales recursos o reclamaciones podía impugnarse el presupuesto de hecho habilitante, a la vez que se imponía una limitación. Así, en ningún caso, como consecuencia de la resolución de tales recursos o reclamaciones, podrían revisarse las liquidaciones que hubieran adquirido firmeza *sino únicamente el importe de la obligación del responsable.*

El Tribunal Constitucional⁴ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las posibilidades impugnatorias de los responsables tributarios desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

afirmando que los responsables tributarios *ostentan el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses*, de manera que, como consecuencia de la resolución de los recursos o reclamaciones que aquellos interpongan, puede revisarse *el importe de la obligación del responsable*, por cuanto *al responsable no se le deriva una liquidación firme y consentida por el obligado principal y en consecuencia, inimpugnable al momento de la derivación sino que lo que se le deriva es la responsabilidad de pago de una deuda, frente a la cual y desde el mismo instante en que se le traslada, se le abre la oportunidad, no sólo de efectuar el pago en período voluntario, sino también de reaccionar frente a la propia derivación de responsabilidad, así como frente a la deuda cuya responsabilidad de pago se le exige.*

A este respecto, recuerda el Tribunal Supremo⁵, que *el responsable tributario (sea su responsabilidad subsidiaria o solidaria, dado que la ley no distingue) está legitimado para impugnar el presupuesto de hecho habilitante de la responsabilidad, pero también está legitimado para impugnar las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto.*

El tenor literal del artículo 174.5 LGT, que permite la impugnación del presupuesto de hecho habilitante y de las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, solo hace mención a la firmeza de los acuerdos anteriores para impedir que estos se modifiquen para otros obligados tributarios, *expresión que obliga a colegir (sin mayores esfuerzos hermenéuticos) que no es posible que se modifiquen los parámetros (cuantitativos y cualitativos) definitivamente determinados para los deudores principales en cuanto a éstos, pero sí que se pueden alterar aquellos parámetros para el declarado responsable, que puede impugnar el acuerdo de derivación in toto, esto es, en relación con cualesquiera e los presupuestos en los que se asienta*⁶.

En definitiva, y dado que la derivación es un procedimiento autónomo que le resultan de aplicación las normas comunes y en el que el trámite de audiencia es esencial, el artículo 174.5 LGT no puede sino interpretarse en el sentido de que el responsable puede combatir tanto el acto de derivación como la propia liquidación que tiene en su origen.

Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de mayo de 2018⁷ declara:

En la medida en que se refiere a un procedimiento autónomo, distinto del que dio lugar a los acuerdos relativos al deudor principal, solo puede ser interpretado en el sentido de otorgar al responsable plenas facultades de impugnación respecto de aquel presupuesto y aquellas liquidaciones, sin que tales facultades queden excepcionadas o puedan limitarse por la circunstancia de ser el declarado responsable administrador de la sociedad cuando aquellas liquidaciones o acuerdos fueron adoptados.

Una de las notas esenciales del procedimiento de derivación de responsabilidad es su autonomía, que impide a la postre, que se produzca una extensión de los efectos de los recursos o las reclamaciones entre el responsable derivado y el deudor principal. Esta indebida extensión se produciría si la firmeza de las liquidaciones o sanciones relativas al deudor principal impidiera al responsable atacar sus presupuestos.

Asimismo, a juicio del Alto Tribunal, *a expresada interpretación no puede alterarse en atención a la condición del declarado responsable*, de tal manera que *el alcance y contenido de la impugnación (que son, como se ha dicho, plenos y se extienden a los acuerdos dictados respecto del deudor principal) no quedan exceptuados, limitados o restringidos por la circunstancia de que la persona declarada responsable fuera administradora de la entidad o restringidos por circunstancia de que la*

persona declarada responsable fuera administradora de la entidad a la que se giraron las liquidaciones o a la que se impusieron las sanciones derivadas.

Lo anterior se asienta sobre la base de que la dicción literal del precepto no realiza en absoluto una distinción, así como que la propia naturaleza jurídica del expediente de derivación de responsabilidad constituye un procedimiento autónomo del seguido con el deudor principal, *al que no le son trasladables los efectos de este y cuyo resultado, desde luego, no puede ser calificado como un acto consentido firme para un responsable que ha deducido contra los acuerdos correspondientes el recursos o reclamación legalmente procedentes.*

Y tal interpretación que permite la impugnación plena, sin límites o restricciones derivados de la condición de administrador del responsable, se extiende también, como decimos, *a los supuestos en los que las liquidaciones o los acuerdos sancionadores hubieran ganado firmeza, incluso mediante pronunciamientos jurisdiccionales, supuesto en el que tales disposiciones solo resultan intangibles para los obligados principales, pero no para quienes, como responsables, tienen a su alcance las plenas facultades impugnatorias*⁸.

Ahora bien, como apunta el Tribunal Supremo, al caso que nos ocupa no le es de aplicación la doctrina analizada, por cuanto la norma de aplicación en la fijación de la anterior doctrina es el artículo 174.5 primer párrafo, mientras que en el presente asunto, a pesar de los términos en los que se formula la cuestión en el auto de admisión con expresa mención al artículo 174.5 LGT primer párrafo, la norma de aplicación es el párrafo segundo in fine del citado artículo.

Así, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad solidaria declarada confor-

me al artículo 42.2.a) LGT, pues las deudas proceden de la regularización por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2004 a 2006, referente a la entidad administrada por el recurrente, pero derivan de la transmisión que la entidad, representada por el hermano del recurrente, hace de un inmueble a favor de este y de su esposa.

En este sentido, si bien la prescripción de la deuda principal, no fue atendida en base al criterio restrictivo que la Sala de instancia tenía sobre la interpretación del artículo 174.5 párrafo primero, lo cierto es que no nos encontramos ante el supuesto contemplado en el párrafo primero, sino ante el párrafo segundo, que impide en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 42 LGT impugnar las liquidaciones a las que alcanza el presupuesto de hecho habilitante.

El artículo 42.2 LGT pretende proteger la acción recaudatoria, evitando conductas tendentes a impedir u obstaculizar la misma mediante la disposición de bienes o derechos que pudieran ser embargados o que lo hubieran sido, exigiéndose una responsabilidad específica, *y hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria.* Dicha responsabilidad específica *per se* lo es por cuanto no se deriva por las deudas y sanciones por las que debe responder el obligado principal, sino para asegurar su cobro, fundamento que justifica la distinción recogida en la redacción de los dos párrafos del artículo 174.5 LGT.

En este sentido, aun cuando el Alto Tribunal no puede acogerse a la interpretación que al respecto hace la Sala de instancia, la aplicación del artículo 174.5 LGT, párrafo primero, no resulta necesaria para la resolución del caso en cuestión.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tiene oportunidad de recuperar su más reciente doctrina sobre la interpretación del artículo 174.5, párrafo primero de la Ley General Tributaria, doctrina que no obstante, no resulta aplicable para resolver el recurso de casación, al constatar-se un desajuste entre la cuestión a dilucidar reconocida en el auto de admisión que posee interés casacional objetivo, y el debate sostenido en la instancia, sin que exista la imprescindible relación directa y necesaria con el asunto ahora debatido. Ello no le impide al Alto Tribunal recordar que el artículo 174.5 párrafo primero ha de interpretarse en el sentido de otorgar al responsable plenas facultades de impugnación respecto del presupuesto habilitante y de las liquidaciones, sin que tales facultades queden excepcionadas o puedan limitarse por la circunstancia de ser el declarado responsable administrador de la sociedad cuando aquellas liquidaciones o acuerdos fueron adoptados, extendiéndose dicha interpretación a los supuestos en los que las liquidaciones o los acuerdos sancionadores hubieran ganado firmeza.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- Sentencia núm. 85/2006, de 27 de marzo del Tribunal Constitucional (Rec. 2938/2001).
 - Sentencia núm. 3699/2014 de 29 de septiembre del Tribunal Supremo (Rec. 2485/2012).
 - Sentencia núm. 74/2015 de 16 de noviembre de la Audiencia Nacional (Rec. 270/2014).
 - Sentencia núm. 2743/2016 de 22 de diciembre del Tribunal Supremo (Rec. 2629/2015).
 - Sentencia núm. 398/2018 de 13 de marzo del Tribunal Supremo (Rec.53/2017).
 - Sentencia núm. 539/2018 de 3 de abril del Tribunal Supremo (Rec. 427/2017).
 - Sentencia núm. 793/2019 de 17 de mayo del Tribunal Supremo (Rec. 86/2016).
-
- [1] Sentencia núm. 3699/2014 de 29 de septiembre del Tribunal Supremo (Rec. 2485/2012) FJ3.
- [2] Véase, entre otras, la Sentencia núm. 74/2015 de 16 de noviembre de la Audiencia Nacional (Rec. 270/2014), FJ 4:
- La responsabilidad establecida en este artículo exige, pues, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La existencia de una deuda tributaria pendiente de pago; b) Ocultación de los bienes y derechos del obligado al pago con la finalidad de eludir el embargo por causa de una deuda tributaria; c) acción u omisión del presunto responsable consistente en causar o colaborar en la ocultación y que sea la causa directa del daño; y d) que la conducta del presunto responsable sea consciente, es decir, el conocimiento del plan en el que se participa.*
- [3] Sentencia núm. 3699/2014 de 29 de septiembre del Tribunal Supremo (Rec. 2485/2012) FJ3:
- Pues bien, ese Tribunal, en un recurso de casación para unificación de doctrina, no puede en abstracto, sin sentencia contradictoria, pronunciarse sobre la corrección o no de la "ratio decidendi" de la sentencia de instancia. Además de que sobre la cuestión objeto de la sentencia recurrida este Tribunal se ha pronunciado de manera muy matizada y casuística, contemplando las circunstancias del caso, muy singularmente si el que luego es declarado responsable intervino o no en el procedimiento inspector o en el procedimiento económico administrativo posterior.*
- [4] Véase Sentencia núm. 85/2006, de 27 de marzo del Tribunal Constitucional (Rec. 2938/2001).

[5] Sentencia núm. 2743/2016 de 22 de diciembre del Tribunal Supremo (Rec. 2629/2015) FJ 4.

[6] Sentencia núm. 398/2018 de 13 de marzo del Tribunal Supremo (Rec.53/2017) FJ2.

[7] Sentencia núm. 793/2019 de 17 de mayo del Tribunal Supremo (Rec. 86/2016) FJ 3.

[8] Sentencia núm. 539/2018 de 3 de abril del Tribunal Supremo (Rec. 427/2017) FJ 1.

LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN DE NUEVAS ENTIDADES. COMENTARIO A LA SENTENCIA N° 2/2020, DE 14 DE ENERO, DE LA SALA TERCERA, SECCIÓN 4ª, DEL TRIBUNAL SUPREMO

Legitimation of intellectual property rights management entities in the procedure for authorising new management entities. Comment on the Supreme Court Judgement N° 2/2020, on the 14th of January of 2020

Autor: Noelia Moreno Renart

Cargo: Abogada

Resumen: Mediante la Sentencia objeto de estudio se analiza la condición de interesadas de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en los procedimientos administrativos tramitados para autorizar la constitución y entrada en funcionamiento de nuevas entidades de gestión y su legitimación para impugnar en vía administrativa y jurisdiccional las resoluciones administrativas de autorización y funcionamiento de estas últimas.

Palabras clave: entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, procedimiento de autorización de nuevas entidades de gestión, legitimación, condición de interesado, interés casacional.

Abstract: The Judgement under study analyses the interested condition of intellectual property rights management entities in the administrative procedures to authorize the establishment and operation of new management entities and whether they would be entitled to file, in administrative and judicial proceedings, the administrative decisions authorizing and operating these entities.

Keywords: intellectual property rights management entities, legitimacy, status of interested party.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
 - 1. Antecedentes de hecho
 - 2. Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 4ª)
 - 3. Fallo de la Sentencia
- II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES
- III. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Antecedentes de hecho

En fecha 23 de abril de 2015 la representación procesal de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (en adelante, la "AIE") interpuso recurso contencioso-administrativo frente (i) la desestimación presunta, por silencio administrativo del Recurso de Alzada interpuesto contra la Resolución de 20 de octubre de 2014 del Director de Patrimonio Cultural del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco por la que se autorizaba a la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual Euskal Kulturgileen Kidegoa (en adelante, "EKKI") para actuar de manera exclusiva o mayoritaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual y (ii) la Resolución de 28 de octubre de 2015 del Viceconsejero de Cultura Juventud y Deportes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, en cuya virtud

se inadmitía el Recurso de Alzada deducido contra aquella resolución, por considerarse que las entidades recurrentes carecían de legitimación para recurrir la resolución de autorización.

Dicho Recurso fue desestimado mediante la Sentencia nº 144/2017, de 15 de marzo, de la Sección 2ª Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante el "TSJPV") dictada en el procedimiento ordinario nº 210/2015 (en adelante, la "sentencia de instancia") la cual se remitía a lo ya dicho por la misma Sala y Sección en sentencias de 6 de mayo de 2016, desestimatoria del recurso nº 57/2015 y de 19 de enero de 2017, desestimatoria del recurso nº 332/2015.

En ambos supuestos la Sala de instancia desestimó el recurso interpuesto por entender, en esencia, que el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, (en adelante, la "TRLPI") no sustentaba la legitimación de las recurrentes en el recurso y que, además, el

artículo 148 del mismo texto legal no incluía ninguna intervención de las entidades gestoras ya existentes en las decisiones administrativas de autorización de otras nuevas.

Señalaba la Sala *a quo* al respecto que las demandantes carecían de interés legítimo en los procedimientos de autorización de nuevas entidades de gestión, porque lo que la ley propicia es que la gestión no se lleve a cabo de manera monopolística, sin que pueda reconocerse la legitimación *ad causam*, sustentada en el interés abstracto por la legalidad, si no se acredita la existencia de ninguna ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico, colectivo o individual que derive de la eventual estimación del recurso, que en este caso es difícil que concorra dada su condición de entidades sin ánimo de lucro.

AIE preparó recurso de casación contra la anterior sentencia mediante escrito en el que defiende la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia alegando que en la sentencia recurrida se han aplicado normas sobre las que no existe jurisprudencia, lo que le permitiría invocar el supuesto establecido en el artículo 88.3, apartado a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, la "LJCA") en la cuestión relativa a su legitimación para impugnar decisiones como la recurrida en la instancia.

En efecto, entiende AIE que de la redacción de los artículos 147, 150 y 151.2 de la LPI se desprende que las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual legalmente constituidas ostentan un interés legítimo que les permite impugnar las decisiones administrativas que autorizan la constitución de nuevas entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y que les autoriza, en su vertiente de legitimación *ad causam* para impugnar en sede jurisdiccional aquella decisión.

Mediante Auto de 5 de julio de 2017 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV se tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Finalmente, mediante Auto de 21 de diciembre de 2017 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo fue admitido a trámite el recurso de casación preparado por AIE contra la sentencia de instancia, precisando como cuestiones en las que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, las siguientes:

i) Si, a tenor de lo dispuesto en los artículos 147, 150 y 151.2 del TRLPI, en relación con el artículo 62.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, la "Ley 30/1992"), las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual tienen la condición de interesadas en los procedimientos administrativos tramitados para autorizar la constitución y entrada en funcionamiento de nuevas entidades de gestión de tales derechos.

ii) Y si, de acuerdo con lo previsto en aquellos preceptos y en el artículo 19 de la LJCA, las mencionadas entidades están legitimadas para impugnar tanto en vía administrativa como jurisdiccional las resoluciones administrativas de autorización y funcionamiento de nuevas entidades de gestión.

2. Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 4ª)

Para resolver el presente recurso, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se remite en su integridad a lo dispuesto en su Sentencia de

21 de mayo de 2019, dictada en el recurso de casación nº 1584/2017, indicando al respecto que en el mismo *lo impugnado en la instancia eran aquellas mismas resoluciones administrativas y en el que la sentencia recurrida fue dictada por el mismo órgano jurisdiccional*, y transcribiendo la siguiente doctrina fijada en su fundamento de derecho séptimo:

La pregunta de si, a tenor del artículo 150 de constante cita y en relación con los artículos 107.1, 31 y 34 de la Ley 30/1992 y 19 de la Ley de la Jurisdicción, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual tienen la condición de interesadas en los procedimientos administrativos tramitados para autorizar la constitución y entrada en funcionamiento de nuevas entidades de gestión de tales derechos, ha de responderse afirmativamente. Y, en consecuencia, también debe recibir una contestación afirmativa la pregunta de si dichas entidades están o no legitimadas para impugnar en vía administrativa y jurisdiccional las resoluciones administrativas de autorización y entrada en funcionamiento de las nuevas entidades de gestión.

Pues bien, si acudimos a lo dispuesto en la Sentencia de 21 de mayo de 2019, comprobamos en efecto, en primer lugar, que la misma se pronuncia sobre el Recurso de Casación interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores (en adelante, la "SGAE"), por el Centro Español de Derechos Reprográficos (en adelante, "CEDRO") y por Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) contra la Sentencia de 19 de enero de 2017 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV, recaída en el recurso n.º 332/2015, en el que se impugnó la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 20 de octubre de 2014, del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura por la que se autoriza a EKKI para actuar de manera

exclusiva o mayoritaria en el ámbito del País Vasco, como entidad de gestión de los derechos de Propiedad Intelectual; y la resolución de 28 de octubre de 2015, del Viceconsejero de Cultura, Juventud y Deportes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura, por la que se inadmite el recurso de alzada.

En segundo lugar, y por lo que respecta a los razonamientos jurídicos en que se sustentó aquella sentencia, la misma estima el argumento esgrimido por las recurrentes en su escrito de interposición del Recurso de Casación, en el que destacan que la autorización de una nueva entidad de gestión tiene impacto directo y claro en las recurrentes por el hecho de que EKKI podría captar asociados de ellas y pasar a gestionar sus derechos. En términos de la propia sentencia:

Es preciso, por tanto, saber cuál es la incidencia de la autorización de una nueva entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual sobre las que ya existen. Esta es una pregunta que debe hacerse, además, teniendo en cuenta cuál es la realidad en la que se aplica el texto refundido y, también, en vista de que EKKI se propone gestionar derechos de la misma naturaleza de los confiados a las recurrentes. (...).

Por otra parte, la merma o el aumento de socios no es irrelevante para una entidad de gestión pues cuanto mayor sea su peso, ya sea en general, ya sea en un campo específico, es decir cuantos más sean los autores que le confían los derechos de propiedad intelectual, mayores serán las posibilidades de actuación que en defensa de esos derechos, de aquellos que ya administran, podrá desplegar. De ahí que no se pueda negar a las entidades que ya gestionan derechos de propiedad intelectual el interés legítimo de impedir que se incorpore a ese ámbito quien consideran que no reúne los requisitos exigidos por el legislador que, recordémoslo,

no lo abre indiscriminadamente a cualquier sujeto sino que somete el acceso a él a los requisitos sentados por el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/1996 (RCL 1996, 1382) y a las condiciones de la autorización fijadas en su artículo 148, la cual, conforme al artículo 149, puede ser revocada.

(...). Desde esta perspectiva, a quienes ya han pasado por el tamiz de la autorización les asiste, desde luego, un interés legítimo a que sus eventuales competidores lo sean solamente los que también satisfacen las exigencias legales..

De acuerdo con lo anterior, mediante la Sentencia de 21 de mayo de 2019 el Tribunal Supremo estima el Recurso de Casación interpuesto por la SGAE, CEDRO y VEGAP, todas ellas entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual, al considerar que las mismas ostentan interés legítimo para ser parte en los procedimientos administrativos de concesión de autorización y entrada en funcionamiento de las nuevas entidades de gestión.

De acuerdo con lo anterior, concluye el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de análisis, que *en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley, esa decisión debe ser la misma que entonces alcanzó esta Sala Tercera, sin que sea necesario, a efectos de motivación, repetir aquí las razones jurídicas en que se sustentó aquella sentencia.*

3. Fallo de la Sentencia

De acuerdo con todo lo expuesto, mediante la Sentencia de 14 de enero de 2020, se estima el Recurso de Casación nº 3996/2017 interpuesto por la AIE frente a la Sentencia nº 144/2017, de 15 de marzo, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, que anula y deja sin efecto, ordenando la retroacción de las actuaciones al

momento anterior al de dictar sentencia a fin de que por parte de la sala de instancia se resuelvan las cuestiones de fondo suscitadas en el recurso nº 210/2015.

II. EXAMEN Y COMENTARIO A LAS DIVERSAS CUESTIONES PUESTAS DE MANIFIESTO EN LA SENTENCIA

Para determinar si concurre en las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual la legitimación para ser parte interesada en los procedimientos administrativos de autorización de nuevas entidades de gestión, la Sentencia analizada, se centra en la interpretación que debe darse al artículo 150 del TRLPI. Dicho precepto es del tenor literal siguiente:

Las entidades de gestión, una vez autorizadas conforme a lo previsto en este título, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado solo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.

El contenido del párrafo primero del precepto transcrito, según el cual se reconoce legitimación a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual previamente constituidas y autorizadas para hacer valer estos derechos en todo tipo de procedimien-

tos administrativos y judiciales ha dado lugar a diversas interpretaciones, derivadas por un lado, de la ausencia de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos al respecto, motivo este por el cual ha sido apreciado en el presente recurso el debido interés casacional, y por otro, de las modificaciones legislativas que se han ido sucediendo de distintos preceptos del TRLPI.

Así pues, en primer lugar, ante la ausencia, –hasta ahora–, de jurisprudencia del Tribunal Supremo que fijara el alcance y los términos en que debe interpretarse el referido precepto, estaban quienes, como las entidades aquí recurrentes y resto de entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual, consideraban que en virtud del mismo debía reconocerse a las entidades de gestión ya constituidas, legitimación para personarse como interesadas en los procedimiento por los que se autorizara la creación y funcionamiento de las nuevas sociedades gestoras, al entender que la autorización de una nueva entidad de gestión tiene impacto directo en su ámbito de actuación, debido al hecho de que esta autorización les habilitaría para captar a sus asociados y pasar a gestionar sus derechos.

Frente a ellas estarían quienes consideran que este precepto legitima a las entidades de gestión para actuar en defensa de los derechos de autor que están encargadas de administrar a fin de que resulten efectivamente reconocidos y protegidos, es decir, que dicho interés legítimo se limitaría a la gestión de concretos derechos de propiedad intelectual de manera que no sería posible su extensión a supuestos en que no concurra la afección a alguno de estos derechos que tengan encomendados.

Dicho esto, en segundo lugar, habría que plantearse la trascendencia que al respecto podría tener la modificación del artículo 148 del TRLPI operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diver-

sas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en cuya virtud se exigía para la concesión de la autorización de las nuevas entidades de gestión el informe de las entidades de gestión ya autorizadas.

Pues bien, en lo que respecta a dicho informe, si bien es cierto que el mismo ya no se exige por el TRLPI, ello no conllevaría, a juicio del Tribunal Supremo que las entidades de gestión ya autorizadas no deban ser oídas en ningún caso y que tampoco puede afirmarse que esa modificación les prive de la condición de interesadas en el procedimiento en cuestión.

Sentado lo anterior, en lo que respecta a la concurrencia o no de la condición de interesadas, lo primero que llama la atención a este respecto es el hecho de que la Sentencia analizada no se detenga en el análisis del concepto de legitimación *ad causam* por todos ya conocidos, ni tampoco en el resto de los preceptos sujetos a interpretación en el Recurso de Casación y de aquellos en los que se regula de forma general la legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo y para recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Nos referimos, en efecto a la invocación de los artículos 31 de la Ley 30/1992, el cual se corresponde con el artículo 4 de la LPAC y al artículo 19 de la LJCA.

Sin perjuicio de lo anterior, y realizando más bien un ejercicio eminentemente práctico de la aplicación de este concepto, en virtud de la Sentencia analizada se reconoce interés legítimo¹ a las entidades de gestión ya autorizadas para intervenir como interesadas en este tipo de procedimientos al considerar que la constitución y autorización de una nueva entidad incidiría necesariamente en la esfera jurídica de las ya existentes en la medida en que concurriría con ellas en la captación de socios, *no solo de los nuevos sino tam-*

bién de aquellos que hasta entonces habrían encomendado sus derechos a las entidades ya constituidas.

En este sentido, cabe recordar, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006, *la importancia del interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo al ocasionar un perjuicio, como resultado inmediato de la resolución dictada.*

Asimismo, y si bien el Tribunal Supremo considera que el hecho de que estas entidades carecen de ánimo de lucro no tendría trascendencia alguna para determinar la concurrencia de interés legítimo, entiende que la disminución o el aumento de socios no es irrelevante para una entidad de gestión pues cuantos más sean los autores que le confían los derechos de propiedad intelectual, mayores serán las posibilidades de actuación que en defensa de esos derechos, de aquellos que ya administran, podrá desplegar.

Pues bien, el fundamento para el reconocimiento de la legitimación de las entidades de gestión ya constituidas, y a la que respondería tanto el contenido del artículo 150 como el resto de la regulación jurídica de aplicación, se basa en la protección de los derechos de propiedad intelectual contemplados por el propio TRLPI.

Es decir, es a los efectos o con la finalidad de garantizar la protección de estos derechos a la que responde el procedimiento de autorización de entidades de gestión y a la que responden los requisitos a los que se subordina

su concesión, así como la supervisión administrativa que se establece sobre las mismas una vez que se encuentran autorizadas y en funcionamiento.

Por la misma razón, la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual únicamente puede llevarse a cabo por aquellas entidades que reúnen los requisitos establecidos legalmente y obtengan la preceptiva autorización, siendo por ello por lo que, a juicio del Tribunal Supremo, *no se pueda negar a las entidades que ya gestionan derechos de propiedad intelectual el interés legítimo de impedir que se incorpore a ese ámbito quien consideran que no reúne los requisitos exigidos por el legislador que, recordémoslo, no lo abre indiscriminadamente a cualquier sujeto sino que somete el acceso a él a los requisitos sentados por el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1/1996 (RCL 1996, 1382) y a las condiciones de la autorización fijadas en su artículo 148, la cual, conforme al artículo 149, puede ser revocada.*

A ello se refiere igualmente el Tribunal cuando indica en la Sentencia analizada que, *a quienes ya han pasado por el tamiz de la autorización les asiste, desde luego, un interés legítimo a que sus eventuales competidores lo sean solamente los que también satisfacen las exigencias legales.*

Es a partir de las razones expuestas por las que el Tribunal Supremo considera que de conformidad con las reglas generales sobre la legitimación previstas en la LPAC y la LJCA, las entidades de gestión ya constituidas tendrían la condición de interesadas, y, por tanto, derecho a ser oídas en los procedimientos de autorización de una nueva entidad de gestión. En consecuencia, tendrían legitimación igualmente para impugnar jurisdiccionalmente las resoluciones de autorización de nuevas entidades².

III. CONCLUSIONES

En virtud de la Sentencia analizada, y al objeto de salvaguardar los requisitos que deben reunir las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, se reconoce legitimación a las entidades de gestión de estos derechos las cuales ya se encuentren constituidas para ser parte en los procedimientos de autorización de nuevas entidades de gestión así como para recurrir dichas resoluciones de autorización tanto en vía administrativa como ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

De acuerdo con sus razonamientos de fondo, la concurrencia del interés legítimo residiría en que las entidades de gestión preexistentes se verán afectadas en su esfera jurídica en la medida en que concurriría con ellas en la captación de socios, no solo de los nuevos sino también de aquellos que hasta entonces habrían encomendado sus derechos a las entidades ya constituidas.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- Sentencia nº 655/2019, de 21 de mayo, de la Sala Tercera, Sección 4ª, del Tribunal Supremo.
- Sentencia nº 68/2019, de 28 de enero, la Sala Tercera, Sección Tercera del Tribunal Supremo.
- Auto de 21 de diciembre de 2017 de la Sala Tercera, Sección 1ª, del Tribunal Supremo (Rec. 3996/2017).
- Sentencia 144/2017, de 15 de marzo, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

- Sentencia de 31 de mayo de 2006 de la Sala Tercera, Sección 6ª, del Tribunal Supremo.
- Sentencia de 21 de marzo de 2000 de la Sala Tercera, Sección 6ª del Tribunal Supremo.

Doctrina

- ENCABO VERA, M. A. *Estudios sobre derechos de Propiedad Intelectual*. Madrid. 2015.
- SERRANO GÓMEZ, E. (Coord.) *Administraciones Públicas y Propiedad Intelectual*. Madrid. 2007.

[1] Como señala ya la Sentencia nº 143/1994, de 9 de mayo, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional el interés legítimo – “equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta.

Más recientemente, el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia nº 68/2019, de 28 de enero, la Sala Tercera, Sección Tercera, con cita de la Sentencia de la misma Sala de 24 de enero de 2000, afirma que relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define la legitimación activa, comporta el que *la anulación del acto que se recurre produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado. Es por ello, que en la determinación de cuando existe o no ese beneficio o perjuicio hay que acudir a cada supuesto concreto.*

[2] Así pues, tal y como señala la Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000, *reconocida la legitimación dentro de un procedimiento administrativo, se ha de reconocer también en la vía judicial, por aplicación de la teoría de los actos propios. No cabe desconocer en vía contenciosa una legitimación que ya venía en la práctica reconocida en el expediente administrativo.*

► Novedades e iniciativas normativas

Autor: Natalia Palomar Licerias

Cargo: Abogada. Asociada Derecho Público. Broseta Abogados

SUMARIO

- I. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA
- II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL
- III. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES
- IV. NOVEDADES EN TRA

I. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA

- Reglamento (UE) 2020/422 de la Comisión de 19 de marzo de 2020 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.o 297/95 del Consejo en lo que se refiere al ajuste de las tasas de la Agencia Europea de Medicamentos a la tasa de inflación con efecto a partir del 1 de abril de 2020. (DOUE 20/03/2020)
- Reglamento de Ejecución (UE) 2020/424 de la Comisión de 19 de marzo de 2020 relativo a la presentación de información a la Comisión en relación con la no aplicación de las especificaciones técnicas de interoperabilidad de conformidad con la Directiva (UE) 2016/797. (DOUE 20/03/2020)
- Reglamento Delegado (UE) 2020/389 de la Comisión de 31 de octubre de 2019 por

el que se modifica el Reglamento (UE) n.o 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuanto a la lista de la Unión de proyectos de interés común. (DOUE 11/03/2020)

- Reglamento de Ejecución (UE) 2020/402 de la Comisión de 14 de marzo de 2020 por el que se supedita la exportación de determinados productos a la presentación de una licencia de exportación. (DOUE 14/03/2020)
- Directiva (UE) 2020/367 de la Comisión de 4 de marzo de 2020 por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al establecimiento de métodos de evaluación para los efectos nocivos del ruido ambiental. (DOUE 05/03/2020)

- Orden TMA/105/2020, de 31 de enero, por la que se establecen las normas para la concesión y mantenimiento de las licencias de explotación de servicios aéreos. (BOE 12/02/2020).
- Decisión de Ejecución (UE) 2020/167 de la Comisión de 5 de febrero de 2020 relativa a las normas armonizadas aplicables a los equipos radioeléctricos elaboradas en apoyo de la Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. (DOUE 06/02/2020).
- Decisión de Ejecución (UE) 2019/2174 de la Comisión de 17 de diciembre de 2019 relativa a la existencia de condiciones de mercado, en el sentido del artículo 35 del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/317 de la Comisión, respecto a algunos servicios de navegación aérea de aproximación en los aeropuertos de Alicante y de Ibiza [notificada con el número C (2019) 8919]. (DOUE 19/12/2019).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/12/2019: Redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco). Artículo 2, letra m). Suministro de una red de comunicación electrónica. Concepto. Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal). Artículo 31, apartado 1. Obligación de transmisión de determinados canales de radio o televisión. Operador que ofrece un paquete de canales por satélite. Obligaciones razonables de transmisión. Requisitos. Artículo 56 TFUE. Proporcionalidad.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12/12/2019: Admisibilidad. Normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Directiva 2009/72/CE. Ámbito de aplicación. Artículo 3. Objetivos. Principio de no discriminación. Exacción especial que grava los ingresos de entidades titulares de una autorización de ejercicio de actividad en los sectores regulados. Sector de la electricidad
- Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1928 de la Comisión de 19 de noviembre de 2019 por el que se adapta para el año civil 2019 **el porcentaje de ajuste de los pagos directos** de conformidad con el Reglamento (UE) n.o 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/916 de la Comisión. (DOUE 20/11/2019).
- Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que **informen sobre infracciones del Derecho de la Unión**. (DOUE 26/11/2019).
- Directiva (UE) 2019/1936 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, por la que se modifica la directiva 2008/96/CE sobre **gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias**. (DOUE 26/11/2019).
- Decisión (UE) 2019/1810 del Consejo Europeo tomada de acuerdo con el Reino Unido de 29 de octubre de 2019 por la que **se prorroga el plazo previsto en el artículo 50, apartado 3, del TUE**. (DOUE 30/10/2019).
- Decisión de Ejecución (UE) 2019/1835 de la Comisión de 30 de octubre de 2019 por la que se excluyen de la financiación de la Unión Europea determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo al **Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader)** [notificada con el número C(2019) 7815]. (DOUE 31/10/2019).
- **Reglamento Delegado (UE) 2019/1830** de la Comisión de 30 de octubre de 2019 que modifica la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se **refiere a los umbrales para los contratos de obras, suministros y servicios**. (DOUE 31/10/2019).

- **Reglamento Delegado (UE) 2019/1829** de la Comisión de 30 de octubre de 2019 que modifica la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los **contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos**. (DOUE 31/10/2019).

- **Reglamento Delegado (UE) 2019/1828** de la Comisión de 30 de octubre de 2019 que modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los **contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos**. (DOUE 31/10/2019).

- **Reglamento Delegado (UE) 2019/1827** de la Comisión de 30 de octubre de 2019 que modifica la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al **umbral para las concesiones**. (DOUE 31/10/2019).

- Reglamento (UE) 2019/1795 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 2019 por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/501 y (UE) 2019/502 en lo que respecta a sus períodos de aplicación. (DOUE 31/10/2019).

- Decisión de Ejecución (UE) 2019/1956 de la Comisión de 26 de noviembre de 2019 relativa a las **normas armonizadas sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión** que se han elaborado en apoyo de la Directiva 2014/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. (DOUE 27/11/2019)

- Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1975 de la Comisión de 31 de octubre de 2019 que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/220 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.o 1217/2009 del Consejo por el

que se crea una **red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Unión Europea**. (DOUE 29/11/2019)

- Decisión de Ejecución (UE) 2019/2005 de la Comisión de 29 de noviembre de 2019 relativa a **las emisiones de gases de efecto invernadero** contempladas en la Decisión n.o 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo correspondientes a cada Estado miembro en 2017. (DOUE 02/12/2019)

- Decisión de Ejecución (UE) 2019/2000 de la Comisión de 28 de noviembre de 2019 por la que se establece un formato para la **comunicación de datos sobre residuos alimentarios y para la presentación del informe de control de calidad** de conformidad con la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [notificada con el número C (2019) 8577]. (DOUE 02/12/2019)

- Decisión (UE, Euratom) 2019/1963 de la Comisión, de 17 de octubre de 2019, por la que se establecen normas de **desarrollo sobre la seguridad industrial en relación con los contratos públicos clasificados**. (DOUE 02/12/2019).

- Orden JUS/1154/2019, de 25 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2019, por el que **se fija el módulo para la distribución del crédito que figura en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 prorrogados para 2019**, destinado a subvencionar los gastos de funcionamiento de los **juzgados de paz**. (BOE 28/11/2019).

- Reglamento Delegado (UE) 2019/1745 de la Comisión de 13 de agosto de 2019 por el que se completa y modifica la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que **respecta a los puntos de recarga para vehículos de motor de categoría L, el suministro de electricidad en puer-**

to a los buques de navegación interior, el suministro de hidrógeno para el transporte por carretera y el suministro de gas natural para el transporte por carretera y por vías navegables y se deroga el Reglamento Delegado (UE) 2018/674 de la Comisión. (DOUE 22/10/2019)

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. (BOE 18/03/2020)
- Orden TMA/258/2020, de 19 de marzo, por la que se dictan disposiciones respecto de los títulos administrativos y las actividades inspectoras de la administración marítima, al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE 20/03/2020)
- **Orden APA/269/2020, de 19 de marzo**, por la que **se amplía el plazo de presentación de la solicitud única, para el año 2020**, establecido en el artículo 95 del Real Decreto 1075/2014, de 19 de diciembre, **sobre la aplicación a partir de 2015 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería y otros regímenes de ayuda, así como sobre la gestión y control de los pagos directos y de los pagos al desarrollo rural**. (BOE 21/03/2020)
- Instrucción de 23 de marzo de 2020, del Ministerio de Sanidad, por la que se establecen criterios interpretativos para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE 24/03/2020)
- **Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo**, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE 14/03/2020)
- Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. (BOE 13/03/2020)
- Orden TMA/229/2020, de 15 de marzo, por la que dictan disposiciones respecto al acceso de los transportistas profesionales a determinados servicios necesarios para facilitar el transporte de mercancías en el territorio nacional. (BOE 15/03/2020)
- Sentencia de 18 de febrero de 2020, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que estima parcialmente el recurso interpuesto por Asociación Empresarial Multisectorial, Cecot, contra la Orden ETU/1977/2016, de 23 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas para el 2017. (BOE 11/03/2020)
- **Resolución de 4 de marzo de 2020**, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se actualiza el Anexo 1 incluido en la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, **por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales**. (BOE 05/03/2020)
- **Resolución de 26 de febrero de 2020, de la Presidencia de la Junta Electoral Central**, por la que **se regula el Registro de la Junta Electoral Central y se crea la Sede Electrónica**. (BOE 05/03/2020)

- Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. (BOE 05/02/2020).
- **Orden TFP/2/2020, de 8 de enero**, por la que se determina **la fecha a partir de la cual será efectiva la obligación de relacionarse a través de medios electrónicos con la Oficina de Conflictos de Intereses en los procedimientos previstos en la Ley 3/2015**, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1208/2018, de 28 de septiembre; y por la que se aprueban los modelos de declaraciones, comunicaciones y documentos electrónicos. (BOE 10/01/2020).
- Real Decreto 756/2019, de 27 de diciembre, por el que **se modifican determinados términos de la concesión administrativa de las autopistas AP-6, AP-51 (AP-6 conexión con Ávila) y AP-61 (AP-6 conexión con Segovia) que ostenta Castellana de Autopistas, S.A., Concesionaria del Estado**. (BOE 28/12/2019).
- Orden TEC/1260/2019, de 26 de diciembre, por la que se establecen los parámetros técnicos y económicos a emplear en el cálculo de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en los territorios no peninsulares con régimen retributivo adicional durante el periodo regulatorio 2020-2025, y se revisan otras cuestiones técnicas. (BOE 28/12/2019).
- **Orden HAC/1272/2019, de 16 de diciembre**, por la que **se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2020**. (BOE 31/12/2019).
- Circular 3/2019, de 20 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen **las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y la gestión de la operación del sistema**. (BOE 02/12/2019)
- Real Decreto 698/2019, de 29 de noviembre, por el **que se regula la concesión directa de subvenciones destinadas a la financiación del transporte público** regular de viajeros de Madrid, Barcelona, Valencia y las islas Canarias. (BOE 30/11/2019)
- Real Decreto 704/2019, de 29 de noviembre, por el **que se regula la concesión directa de subvenciones para garantizar la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad** y la promoción de planes y programas sobre la discapacidad para el año 2019. (BOE 30/11/2019)
- Circular 2/2019, de 12 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de **cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural**. (BOE 20/11/2019).
- Resolución de 20 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la **que se exceptúa temporalmente el cumplimiento de los tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías y viajeros por carretera**. (BOE 22/11/2019).
- Orden TEC/1141/2019, de 19 de noviembre, por la que se **establecen las bases re-**

guladoras para la concesión de ayudas, en régimen de concurrencia competitiva, a proyectos de entidades locales afectadas por un proceso de cierre de centrales termoeléctricas de carbón. (BOE 22/11/2019).

- Acuerdo de 6 de junio de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se crea la **sede electrónica del Consejo General del Poder Judicial.** (BOE 25/11/2019).

- Acuerdo de 6 de junio de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que **se aprueba la utilización del código seguro de verificación y de sello electrónico** del Consejo General del Poder Judicial. (BOE 25/11/2019).

- Acuerdo de 25 de septiembre de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, sobre creación del registro electrónico. (BOE 25/11/2019).

- Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de **parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico** y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de **centrales térmicas** de generación. (BOE 23/11/2019).

- Real Decreto 628/2019, de 31 de octubre, por el que se modifican los Reales Decretos 1075/2014 y 1076/2014, ambos de 19 de diciembre, dictados para la **aplicación en España de la Política Agrícola Común.** (BOE 01/11/2019).

- Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se **adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.** (BOE 05/11/2019).

III. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

a. Jurisprudencia Estatal

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 12/03/2020:** Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 02/03/2020:** Obras para la implantación del ancho estándar en el Corredor Mediterráneo. Solicitudes de revisión de oficio. No cabe la vía administrativa de la revisión de actos nulos, ni la misma podrá surtir ese efecto, cuando sobre tales actos y precisamente por las mismas causas de nulidad de pleno derecho que en ella se invoquen, haya sido dictada sentencia firme que declare que tales causas no concurrieron.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 02/03/2020:** Urbanismo. Convenios urbanísticos. Plazo de prescripción. Aplicación supletoria del Código Civil

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 05/02/2020:** Responsabilidad por retraso en la tramitación del planeamiento

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 20/02/2020:** Contratación pública. Aprobación de liquidación definitiva del contrato sin expresar salvedad y, reclamación posterior de intereses de demora por retraso en el pago de certificaciones

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 27/02/2020:** Derecho subvencional. Incentivos regionales. Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales. Expediente de incumplimiento de las condiciones particulares. Artículo 39 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, Ge-

neral de Subvenciones. Lonza Biologics Porriño, S.L.U.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 02/03/2020:** Orden ETU/257/2018. Obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética para el año 2018
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 21/02/2020:** Canon de regulación y tarifa de utilización de aguas. Aprobación en fecha posterior a la del devengo. Aplicación retroactiva improcedente
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 02/03/2020:** Impugnación del RD 55/2017 de desarrollo de la Ley 2/2015 de **desindexación de la economía española**
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 25/02/2020:** Orden ETU/615/2017, de 27 de junio. Entidades autorizadas para prestar avales para participar en subastas de energía. Exclusión de las cooperativas de crédito
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 21/02/2020:** Intereses de demora en contratos administrativos. Libertad pactar. Contrato firmado en 2009
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 14/02/2020:** La nueva legislación urbanística (TRLR 2007, 2008 y 2015) exige modificar la jurisprudencia anterior en el sentido de que cuando un nuevo planeamiento efectúe una transformación urbanística de renovación, regeneración o rehabilitación, cabe la degradación del suelo urbano consolidado a suelo urbano no consolidado
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 24/02/2020:** Contratos administrativos. Equilibrio económico-financiero
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 28/02/2020:** Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que **se aprueba el Re-**

glamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 29/01/2020:** El Tribunal Supremo rechaza la prescripción de las reclamaciones dinerarias por incumplimientos de convenios urbanísticos en Marbella
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 20/02/2020:** Contrato. Concesión. De auto-vía. Equilibrio económico-financiero. Cuenta de compensación y crédito participativo. Improcedencia a falta de crédito presupuestario
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 12/02/2020:** El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el saldo de compensación y derechos de cobro tras la modificación de la concesión de Autopistas, Concesionaria Española (ACESA).
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 05/02/2020:** Contratos administrativos. Contrato de Aval. Reclamación de reembolso por el pago efectuado por la Administración por impago del contratista. Desvinculación del contrato de concesión (Aeropuerto de Murcia). Improcedencia de reducir la acción de reembolso por los pagos consecuencias de la resolución de la concesión
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 15/01/2020:** Contratos administrativos: adjudicación. Subsanación de defectos por parte del adjudicatario: acreditación de solvencia técnica. Servicio público de gestión de residuos urbano.
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 14/01/2020:** Interpretación del art. 217 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 (actual art. 199 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Pú-

blico). **La medida cautelar que prevé puede ser aplicada, también, cuando lo reclamado son tan solo los intereses de demora.**

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 19/12/2019:** Contrato de concesión de obra pública. Autopista de peaje. **Equilibrio económico.** Administraciones diferentes. Factum principis. Principios generales del derecho. Improcedencia.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019:** Contrata de servicios en la que la empresa contratista aporta únicamente mano de obra y parte de la coordinación y gestión del trabajo sin ningún otro elemento patrimonial. Existencia de cesión ilegal de mano de obra.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019:** Orden ETU/130/2017, de 17 de febrero, por la que se actualizan los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 13/12/2019:** Sanción por daños ocasionados al dominio público hidráulico por **extracción de agua subterránea sin autorización administrativa.**

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 05/12/2019:** Contratación pública. Cuenta de Compensación y Crédito participativo. Falta de consignación presupuestaria.

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 05/12/2019:** Concesión de autopistas. Saldo de cuenta de compensación. Falta de consignación presupuestaria.

- **Resolución 27/11/2019,** del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real

Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan **medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.** (BOE 04/12/2019).

- **Resolución de 27/11/2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública,** por la que se establece a efectos de cómputo de plazos, el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2020. (BOE 04/12/2019).

- **Sentencia del Tribunal Supremo de 25/11/2019:** FOGASA. **Silencio administrativo positivo.** La resolución expresa, estimando en parte la solicitud, dictada en plazo superior a los 3 meses establecidos en el RD 505/1985 carece de eficacia para enervar el derecho del solicitante ganado anteriormente por silencio positivo.

- **Resolución 24/10/ 2019,** de la Secretaría General Técnica, por la que se **emplaza a los interesados en el recurso contencioso-administrativo** 1/0000358/2019, interpuesto ante el Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, contra el Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y **se regulan determinados aspectos para la liberación del segundo dividendo digital.** (BOE 05/11/2019).

- **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24/10/2019:** Concurrencia de culpas entre Administración y administrado por los daños ocasionados por las malas condiciones de una vía privada de uso público.

b. Jurisprudencia Unión Europea

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19/03/2020:** Reglamento (CE) n.º 1370/2007. **Servicios públicos de**

transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Artículo 8. Régimen transitorio. Artículo 8, apartado 3. **Expiración de los contratos de servicio público. Cálculo del plazo máximo de 30 años de duración de los contratos.** Determinación de la fecha a partir de la cual empieza a correr el plazo máximo de 30 años.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11/03/2020:** Mercado interior de la electricidad. Directiva 2009/72/CE. Transporte de electricidad. Concepto de gestor de red de transporte. Reglamento (CE) n.º 714/2009. Interconexión. Línea de transporte que enlaza las redes de transporte nacionales de los Estados miembros. Artículo 16, apartado 6. Ámbito de aplicación. Utilización de los ingresos derivados de la asignación de capacidad de los interconectores. Empresa que explota únicamente una línea de alta tensión transfronteriza que garantiza la interconexión de dos redes de transporte nacionales.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 04/03/2020:** Aproximación de las legislaciones. Servicios de telecomunicaciones. Realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. Directiva 97/13/CE. Cánones y gravámenes para las licencias individuales. Régimen transitorio por el que se crea un gravamen que no se ajusta a los autorizados por la Directiva 97/13/CE. Fuerza de cosa juzgada de una sentencia de un tribunal superior considerada contraria al Derecho de la Unión.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 05/03/2020:** Aproximación de las legislaciones. Sector de las telecomunicaciones. Uso armonizado del espectro radioeléctrico en las bandas de frecuencias de 2 GHz para la implantación de sistemas que presten servicios móviles por satélite. Decisión n.º 626/2008/CE. Artículos 4, apartado 1, letra c), 7, apartado 1, y 8, apartado

1. Componentes complementarios en tierra. Autorizaciones expedidas por los Estados miembros. Obligación del operador de cubrir un determinado porcentaje de la población y del territorio. Incumplimiento. Relevancia.

- **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30/01/2020: Contratación pública de suministros, obras o servicios.** Directiva 2014/24/UE. Artículo 18, apartado 2. Artículo 57, apartado 4. Motivos de exclusión facultativos. Motivo de exclusión que afecta a un subcontratista mencionado en la oferta del operador económico. Incumplimiento por parte del subcontratista de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral. Normativa nacional que establece la exclusión automática del operador económico como consecuencia de ese incumplimiento.

- **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 06/02/2020: Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Contratos públicos.** Directiva 2014/24/UE. Artículo 12, apartado 3. Normativa nacional que favorece los contratos públicos en detrimento de los contratos in house. Libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios. Límites. Normativa nacional que excluye la posibilidad de que un poder adjudicador adquiera, en el capital de una entidad participada por poderes adjudicadores, participaciones que no son aptas para garantizar el control de esa entidad o una posibilidad de bloqueo.

- **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 06/02/2020: Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Contratos públicos.** Directiva 2014/24/UE. Artículo 10, letra h). Artículo 12, apartado 4. Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios. Servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos. Organizaciones o asociaciones

sin ánimo de lucro. Servicio de transporte sanitario ordinario y de urgencia. Normativa regional que impone que se recurra prioritariamente a una colaboración entre poderes adjudicadores. Libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios. Límites. Obligación de motivación.

IV. NOVEDADES EN TRANSPARENCIA

- CRITERIO 3/2016: Causas de inadmisión de solicitudes de información. Solicitud de información repetitiva o abusiva.

- CRITERIO 2/2016 **Información relativa a las agendas de los responsables públicos.**

- CRITERIO 1/2016: Reclamación ante del Consejo frente a **la desestimación de una solicitud de acceso a la información por silencio.**

- CRITERIO 9/2015: Actuación del órgano o unidad cuando se solicite información ya objeto de publicidad activa.

- CRITERIO 8/2015: Aplicación DA 1ª sobre regulaciones especiales del derecho de información).

- CRITERIO 7/2015. Causas de inadmisión de solicitudes de información que requieran para su divulgación una reelaboración.

- CRITERIO 6/2015: Causas de inadmisión de solicitudes de información: información auxiliar o de apoyo.

- CRITERIO 5/2015: Actuación ante solicitudes de información complejas o voluminosas.

- CRITERIO 4/2015: Publicidad activa sobre los datos del DNI y la firma manuscrita.

- CRITERIO 3/2015: Alcance de las obligaciones de transparencia de las entidades privadas.

- CRITERIO 2/2015: Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información.

- **CRITERIO 1/2015: Obligaciones del sector público estatal a facilitar información sobre RPT y retribuciones.**

➤ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

- Covid-19: Comunicación de la CNMC sobre los plazos de los procedimientos administrativos

- La CNMC analiza la propuesta de cánones de ADIF y ADIF Alta Velocidad para el año 2020

- La CNMC publica el informe sobre la retribución de las instalaciones de energías renovables, cogeneración y residuos en el periodo 2020-2025

- La CNMC concede un trámite de audiencia pública adicional sobre el proyecto de Circular por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural

- La CNMC comprueba que los precios mayoristas de la fibra óptica de Telefónica superan el test de replicabilidad económica

- La CNMC sanciona a ADIF y ADIF Alta Velocidad por incumplir la Resolución de cánones de 2019.

► Bibliografía

RECENSIÓN DE LA OBRA “PRACTICUM: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA”

Autor: Sergio Silvestre Delgado

Cargo: Letrado del Tribunal de Cuentas

La enorme complejidad y especialización que ha adquirido la Contratación pública en España ha servido de fundamento a la publicación de una muy extensa y variada bibliografía, pero pocas obras tratan esta materia con el rigor técnico y el acierto con el que lo hace el “Practicum de contratación Administrativa” editado el pasado año 2019 por la editorial “Thompson Reuters”. La excelencia de la obra que aquí se reseña encuentra, sin duda, una de sus explicaciones en la contrastada preparación técnica y experiencia en el ámbito de la contratación pública de todos los profesionales que, bajo la coordinación de D. Alberto Palomar Olmeda, han colaborado en su preparación; pero más allá de este aspecto, son otras muchas las virtudes de aquella que merece la pena destacar.

Lo primero que puede decirse es que la estructura de este “Practicum de contratación administrativa” se corresponde con la de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), y esto favorece su lectura y potencia su carácter eminentemente práctico. Además, la abundante cita

de jurisprudencia y doctrina administrativa presente en todos sus capítulos, y el gran número de concordancias normativas que en cada apartado se incluyen, hacen de este Tratado un instrumento de enorme utilidad para todo jurista que se aproxima al ámbito de la contratación pública o desempeña en él su labor profesional.

Deteniéndonos en el comentario de cada una de las partes en que se organiza este manual, su primer capítulo, de cuya redacción se ha encargado D. Alberto Palomar Olmeda, Magistrado en excedencia y Abogado, se dedica al ámbito objetivo y subjetivo de la vigente Ley de Contratos del Sector Público. Es particularmente interesante la relación que se establece en él entre el régimen contractual que se aplica a las entidades que integran el Sector Público español y el marco general de funcionamiento de la Administración Pública. En este capítulo se destaca algo que para todo jurista es evidente, el Ordenamiento jurídico no es una mera suma o yuxtaposición de normas inconexas, sino un conjunto de normas que se relacionan entre sí y complementan.

La legislación de contratación pública no es una excepción a esta regla, y, como pone

de manifiesto el autor, consagra los principios generales del Derecho Administrativo y coadyuva a su realización. Una vez expuestos estos principios generales, se dedica a explicar, de una manera clara y concisa, el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. En el desarrollo de la exposición del ámbito subjetivo de la Ley destaca la explicación del régimen al que se somete la definición de "sector público" a nivel autonómico y local, y las características que legalmente reúne cada una de las entidades a las que se aplica la legislación de contratación pública. En relación al ámbito objetivo de la ley destaca, fundamentalmente, el estudio que hace la obra de los negocios jurídicos excluidos o que no se someten a dicha legislación. También es muy clara la distinción que hace del régimen jurídico que se aplica a los contratos administrativos y el que se aplica a los contratos privados. Por último, destaca en este primer capítulo la referencia a la contratación en el ámbito de la defensa y la seguridad, sometida en nuestro Derecho a una ley especial, la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

El segundo capítulo de este "Practicum de contratación administrativa", de cuya preparación se ha encargado D. Javier Vázquez Garranzo, Letrado de la Administración de la Seguridad Social y Abogado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se dedica a la regulación de las prohibiciones para contratar, la solvencia exigible a quienes contratan con la administración y la clasificación profesional como medio de acreditar esta solvencia. Es especialmente interesante el análisis que hace en el mismo de la capacidad que se exige a ambas partes del contrato –es decir, a la competencia del órgano de contratación y a la solvencia, propiamente dicha, del contratista– y a las prohibiciones de contratar y sus efectos. También tiene un especial interés, en este capítulo de la obra, la exposición que se hace del régimen de clasificación

de las empresas como medio de acreditar o probar su solvencia en la licitación.

El tercer capítulo de esta obra, preparado por el Magistrado Suplente D. Francisco Javier Fuertes López, se dedica a un aspecto, tan problemático desde el punto de vista práctico como interesante, como es el de la determinación del objeto y precio del contrato. Destaca, en este punto, el tratamiento que hace de la división en lotes del objeto del contrato; una de las principales novedades que introduce la vigente Ley de Contratos del Sector Público.

El cuarto capítulo de esta obra, también redactado por D. Francisco Javier Fuertes López, se dedica a un aspecto de la fase de preparación de los contratos de enorme relevancia: el expediente de contratación y los pliegos. Comienza definiendo el concepto de "expediente administrativo", de forma muy didáctica, para después referirse específicamente a los expedientes administrativos de contratación. Destaca, en este punto, la exposición del régimen que se aplica a los contratos menores, cuya aplicación práctica, por la excesiva parquedad del mismo, no está exenta de problemas. La presente obra da un instrumento para evitarlos tratando todos los aspectos de dicho régimen.

El quinto capítulo, escrito por Dña. Silvia Subirana de la Cruz, responsable de la Unidad de Contratación de un Ayuntamiento de la Provincia de Gerona y abogada de reconocido prestigio profesional en el ámbito de la contratación pública, se dedica a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Es particularmente interesante, para el jurista práctico, la claridad de los términos en que se expone este régimen y la abundante jurisprudencia y doctrina que cita; características que dan cuenta de la utilidad práctica de la presente obra. Destaca, además, en este punto, la exposición del nuevo procedimiento de licitación de "asociación para la innovación".

El sexto capítulo de esta obra, elaborado por D. Antonio Ramón Rodríguez Castaño, Letrado del Tribunal de Cuentas en excedencia y abogado, y D. José Luis Quintana Cortés, abogado, se dedica a un tema especialmente problemático y complejo de la contratación pública, el de la ejecución y modificación de los contratos. Comienza este capítulo haciendo referencia al carácter eminentemente administrativista que ha definido el régimen de la ejecución de los contratos públicos en las diferentes Leyes que, en materia de contratación pública, se han sucedido en nuestro Derecho y a la dispersión, en el articulado de la ley, de los preceptos dedicados a estas cuestiones. A pesar de ello, se aborda de forma ordenada y sistemática este aspecto de la contratación pública, haciendo referencia, en primer lugar, a las normas generales de ejecución de los contratos públicos y la necesaria vinculación del contratista en su ejecución a sus cláusulas.

Tiene un enorme interés el análisis que se hace de las excepciones al principio de que los contratos se ejecutan “a riesgo y ventura” del contratista; es decir, de los casos en que la propia Administración asume el riesgo derivado de la ejecución del contrato. Destaca, en este capítulo, además, la exposición del régimen de modificación de los contratos públicos; que en la nueva Ley presenta importantes novedades. Y, finalmente, se aborda el régimen de la suspensión y extinción de los contratos públicos. La exhaustividad con la que se tratan los diferentes supuestos de modificación, suspensión y resolución de los contratos públicos ayuda mucho, en mi opinión, a entender este complejo régimen legal y su aplicación práctica. Cabe destacar también que no olvida un hecho muy relevante: que los contratos administrativos son, por encima de todo, contratos, por más que su ejecución, modificación y resolución estén sometidos también a normas de carácter administrativo; esto da al lector una visión de conjunto muy clara de esta fase de la contratación pública.

El séptimo capítulo, preparado por Dña. Catalina María Reynés Llobera, Jefa de Contratación del Servicio de Salud de las Islas Baleares, se refiere al régimen especial del contrato de obras. Destaca la abundante jurisprudencia y doctrina que se cita en el tratamiento de todos los aspectos problemáticos de este tipo de contrato; en particular, en lo referente a su preparación y resolución.

El octavo capítulo de este “Practicum de contratación administrativa”, de cuya redacción se ha encargado Dña. Teresa Moreo Marroig, se dedica al contrato de concesión de obras. Analiza de una forma muy completa y precisa todas las fases que se suceden en la tramitación y posterior ejecución de este contrato; desde la realización de las obras hasta la explotación de la concesión.

El noveno capítulo de la obra, preparado por D. Antonio Ramón Rodríguez Castaño y D. José Luis Quintana Cortés, se ha dedicado al contrato de concesión de servicios; una de las principales novedades de la vigente ley. Este capítulo comienza refiriéndose a los elementos personales, reales y formales de este tipo de contratos; es muy interesante la reflexión que hace en torno a la posibilidad de que sean también celebrados por poderes adjudicatarios que no tienen el carácter de administraciones públicas. Destaca, en el tratamiento del régimen que se aplica a la preparación de este contrato, la distinción entre la concesión de servicios públicos y de otro tipo de servicios. También destaca en él la referencia al contenido especial que han de tener los Pliegos administrativos en este contrato.

El décimo capítulo, a cargo de Dña. Silvia Subirana de la Cruz, se ocupa de la regulación de los contratos de suministro. Aborda, de forma exhaustiva, el estudio de esta figura, y relaciona los preceptos de la ley y sus disposiciones de desarrollo directamente aplicables a los contratos de suministro con las disposiciones generales que les afectan –re-

lativas, entre otras cuestiones, a la determinación del presupuesto base de licitación, el valor estimado del contrato, su preparación, su duración, etc.—. De esta forma, se dota al jurista práctico de un instrumento de extraordinario valor para afrontar los problemas que puedan surgir en la licitación de un contrato público de suministro.

En el capítulo undécimo se aborda una cuestión que, en la nueva legislación de contratación pública es, en mi opinión, fundamental: el régimen del contrato de servicios. La abogada Dña. Beatriz Montes Sebastián desarrolla pormenorizadamente la regulación de este contrato, incluyendo los códigos del vocabulario común de contratos públicos – conocido como CPV– que permiten identificar los distintos servicios que se contratan. Es muy interesante el análisis que hace de las prestaciones de servicios que están incluidas y excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública y las especialidades que prevé la ley en la preparación y adjudicación de estos contratos. Analiza, finalmente, el régimen especial de la contratación de actividades docentes y el de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

El capítulo duodécimo, preparado por D. Francisco de Miguel Pajuelo, Letrado de la Administración de la Seguridad Social, se dedica al régimen de invalidez de los contratos públicos y al recurso especial en materia de contratación. Analiza cada uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho y la anulabilidad con una abundante cita de jurisprudencia y doctrina administrativa. De igual modo, se refiere al recurso especial en materia de contratación, estudiando cada punto de su régimen jurídico y la naturaleza, no sólo del propio recurso, sino también de los órganos competentes para resolverlos.

El capítulo decimotercero, de cuya redacción se ha encargado D. Ramón Terol Gómez, Pro-

fesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante, se dedica al régimen de los órganos de contratación, asistencia y consultivos; así como a los registros oficiales que regula la Ley de contratos del Sector Público. En este capítulo se aborda un tema de gran relevancia en la contratación pública: la organización administrativa. Es particularmente interesante, el análisis que hace el autor de las normas previstas en la ley para evitar la corrupción y el conflicto de intereses de las autoridades que intervienen en la contratación pública y el estudio de la figura del responsable del contrato, de enorme importancia en la nueva Ley.

Por último, el capítulo decimocuarto, preparado por Dña. Ana Isabel Bueno Bueno, Secretaria General Administrativa de la Consejería de Hacienda y Modelo Económico de la Generalitat Valenciana, se ocupa de los llamados sistemas de racionalización técnica de la contratación; es decir, los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y las centrales de contratación. Además, analiza un aspecto de cada vez más importancia en las relaciones que se establecen entre el Sector Público que contrata y quienes pretenden contratar o contratan con las entidades del Sector Público: la contratación electrónica. Es especialmente interesante, en este punto, el análisis que hace de las licitaciones electrónicas.

Todos los aspectos que hemos destacado y las muchas otras virtudes que el lector pueda advertir en este “Practicum de contratación administrativa”, lo convierten, indudablemente, en un instrumento esencial para aproximarse ordenadamente y con profundidad a un ámbito, como el de la contratación pública, sometido a constantes cambios legislativos, a nivel europeo y nacional. Es, en definitiva, un instrumento de gran utilidad para comprender la vigente legislación, los principios en que se inspira y su materialización práctica.

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Autor: Antonio Descalzo González

Cargo: Universidad Carlos III de Madrid

La aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, ha provocado, lógicamente, que la doctrina haya puesto su atención sobre el nuevo texto legal para investigar sus claves, las técnicas que mantiene y, en su caso, las novedades que introduce en una figura central para la entera actuación de todas las Administraciones públicas.

Con carácter general, puede afirmarse que las obras publicadas sobre la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, han puesto de manifiesto que la misma mantiene en su interior una idea ciertamente tradicional del procedimiento al ligar la noción del mismo con la manera de producir una resolución administrativa que incide directamente en la esfera jurídica de los interesados. Y, por ello, que repite en su mayor parte las reglas establecidas en la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que, a su vez, tomaba las piezas de las ya previstas en la Ley de procedimiento administrativo de 1958.

Hay, por tanto, en los análisis elaborados sobre el nuevo texto legal una cierta frustración por no haber asumido la Ley la resolución de los retos que para la actuación de la Administración suscitan temas como la actividad interna, la real o técnica o la que deben realizarse en coordinación o colaboración con otras Administraciones con competencias en la materia concernida.

El Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, coordinado por S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. VALERO TORRIJOS y dirigido por E. GAMEIRO CASADO, es una obra colectiva, en la que participan más de cincuenta autores especialistas en la materia, que justamente analiza las novedades que representan las leyes 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común y 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, sin limitarse al tenor literal de los preceptos, sino buscando el objetivo de examinar el conocimiento existente para ofrecer una certera visión en cada cuestión.

Una excelente panorámica de todos estos aspectos puede encontrarse igualmente en la obra colectiva dirigida por M^a. C. CAMPOS ACUÑA, *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo común de las administraciones públicas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017. El trabajo sigue una metodología muy práctica y sistemática desgranando cada uno de sus impactos y conexiones a efectos de facilitar su comprensión y cumplimiento.

En la misma línea de realizar un examen pormenorizado de las novedades de la nueva normativa se sitúa la obra colectiva dirigida por F. LÓPEZ MENUENDO, *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 2016;

así como también la obra *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales: la aplicación a las entidades locales de las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre*, coordinada por F. VELASCO CABALLERO, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2016 y, asimismo, el libro *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, dirigido por M^a. J. GALLARDO CASTILLO, CEMCI, Granada, 2016.

Sobre todo ello giran también las reflexiones contenidas en las dos obras colectivas dirigidas por L. PAREJO ALFONSO y M. VAQUER CABALLERIA bajo el título común de *Estudios sobre el procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 y 2020. En el primero de los volúmenes, dedicado al *Derecho comparado* se analiza, en efecto, el régimen y función del procedimiento administrativo en los países de nuestro entorno y de mayor influencia sobre el derecho interno español a los efectos de poder encarar una mejor comprensión y funcionamiento del nuestro. Esta tarea se cumple efectivamente en el segundo de los volúmenes sobre *los Tipos de procedimiento*, donde al hilo de la diversidad tipológica de procedimientos que admite y establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se destaca la necesaria comunidad de garantías para el ciudadano.

Sobre la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y la relevante función que puede y debe cumplir el procedimiento administrativo para la realización de las ideas de buena administración y buen gobierno patrocinadas desde el Derecho de la Unión Europea son especialmente útiles las reflexiones de J. PONCE SOLÉ, en *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2019; así como de M. ZAMBONINO PULITO, *Buen Gobierno y buena administración*, lustel, Madrid, 2019

En relación con la tradicional desvalorización de la forma y la naturaleza informal que tradicionalmente alimenta al procedimiento administrativo pueden destacarse los trabajos de J. GARCÍA LUENGO, *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, lustel, Madrid, 2016; y de R. de VICENTE DOMINGO, *La anulación de los actos administrativos por motivos formales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, donde se examinan la escasa eficacia anulatoria de las infracciones de las reglas formales previstas en la Ley de procedimiento.

A las especialidades del sancionador se dedica el libro de T. SONSOLES RECODER, *Procedimiento administrativo sancionador en los mercados financieros: Especial referencia a la CNMV*, Reus, Barcelona, 2019, donde se aborda el procedimiento administrativo sancionador como pieza de cierre de la regulación y se presta especial atención, como digo, a los aspectos que se consideran singulares respecto del genérico procedimiento administrativo.

Por su parte, la obra colectiva dirigida por I. COLOMER HERNÁNDEZ, *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores o tributarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, centra su atención en la siempre compleja relación entre la actuación penal y la administrativa y, en particular, en un tema de índole constitucional como es el relativo a la protección de datos personales.

Desde la perspectiva del derecho laboral el libro de JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, analiza los efectos en dicho sector de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Contacto

vLex Networks SL

Oficina Madrid:
Edgar Neville 6
28020 Madrid

Oficina Barcelona:
Edificio Ecourban
Almogàvers 119-123
08018 Barcelona

T: 932 722 685

www.vlex.es

v|lex