

Actualidad Administrativa

Director: Rafael de Mendizábal Allende

Junio de 2014

Número 6

- EN ESTE NÚMERO:**
- ✓ **A Fondo:** La responsabilidad patrimonial de la Administración de Trabajo

Problemática de la indemnización por residencia en la Administración General del Estado
 - ✓ **Comentarios de Jurisprudencia:** Tasa por prestación de servicios. Sentencia que declara disconforme a derecho la utilización de una estación de autobuses por la que se exige la tasa
 - ✓ **Informe de Jurisprudencia:** Impugnación en sede contenciosa de desestimaciones presuntas
 - ✓ **Fundamentos de Casación:** La casación contencioso-administrativa en el Anteproyecto de la nueva LOPJ



Wolters Kluwer
LA LEY



DIRECTOR

Rafael de Mendizábal Allende. Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional.

CONSEJO ASESOR

Antonio Agúndez Fernández (Ex Presidente de la Sala 3.ª del TS). José M.ª Álvarez Cienfuegos-Suárez (Magistrado del TS). Javier Delgado Barrio (Ex Presidente del TS y del CGPJ. Magistrado del TC). Fernando García Rubio (Técnico de la Administración General. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos. Titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes). Francisco González Navarro (Catedrático de Derecho Administrativo. Magistrado del TS). Agustín A. Gordillo (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires). Eligio Hernández Gutiérrez (Ex Fiscal General del estado, Magistrado). Joaquín Huelin Martínez de Velasco (Magistrado del TS). Fernando Ledesma Bartret (Magistrado del TS). León Martínez Elipe (Letrado de las Cortes Generales). Eduardo Mertehikián (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Revista Argentina de Régimen de la Administración Pública). Ricardo Miñarro Montoya (Abogado del Estado). Luciano Parejo Alfonso (Catedrático de Derecho Administrativo). Francisco Pera Verdaguer (Ex-Presidente de la Sala 3.ª del TS). Eduardo Roca Roca (Catedrático de Derecho Administrativo). Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Catedrático de Derecho Administrativo). Pascual Sala Sánchez (Ex Presidente del TS y del CGPJ). Santiago Soldevila Fragoso (Magistrado del TPICE). Ramón Trillo Torres (Presidente Sala 3.ª TS). José Luis Villar Palasí (Catedrático de Derecho Administrativo). José Antonio Xiol Rius (Presidente Sala 1.ª TS).

REDACCIÓN

Lourdes Bernal Rioboo (Directora de Publicaciones de Derecho Público). M.ª Belén Arranz Fernández (Coordinadora Editorial)

Edición electrónica: <http://actualidadadministrativa.laley.es/>

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones.

El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Los artículos publicados en esta revista son sometidos a un sistema de arbitraje externo.

Depósito Legal: M-38.157-1985 ISSN: 1130-9946

Diseño, Preimpresión e Impresión Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.

APP

ASOCIACION DE PRENSA PROFESIONAL

	 AENOR Registro 0201000000 18-03/2005	 AENOR	 AENOR Certificación 0201000000 18-03/2005
	Edición: c/ Collado Mediano, 9 28231 Las Rozas (Madrid) Tel.: 902 250 500 fax: 902 250 502 http://www.laley.es		

Carta al Lector	643
A Fondo	
• La responsabilidad patrimonial de la Administración de Trabajo, por <i>Manuel Fernández-Lomana García</i>	652
• Problemática de la indemnización por residencia en la Administración General del Estado, por <i>Eugenio Arribas López</i>	667
• La contratación pública en materia de eficiencia energética. Un análisis de sus tipologías a la luz del TRLCSP, con especial referencia a la Administración Local, por <i>Fernando García Rubio</i>	676
Comentarios de jurisprudencia	
• Acuerdo corporativo para la interposición de un recurso contencioso-administrativo	718
• Tasa por prestación de servicios. Sentencia que declara disconforme a derecho la utilización de una estación de autobuses por la que se exige la tasa	720
• Responsabilidad patrimonial de la Administración. Servicios de notificación de resoluciones judiciales	721
• Motivación y justificación de servicios mínimos en servicios públicos en los supuestos de ejercicio del derecho de huelga	723
• Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Suspensión de funciones de Policía Local	725
• Servicios mínimos de comedor escolar y derecho de huelga	726
• Alcance del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos	728
• Efectos de la fusión de sociedades en el ámbito tributario	730
Reseña de Sentencias	732
Informe de Jurisprudencia	
• Impugnación en sede contenciosa de desestimaciones presuntas, por <i>Hilario Hernández Jiménez</i>	744
Fundamentos de Casación	
• La casación contencioso-administrativa en el Anteproyecto de la nueva LOPJ, por <i>José Ramón Rodríguez Carbajo</i>	755

Práctica Profesional

- Los contratos en el sector público contenido y elementos , por *Víctor Manteca Valdelande* 774
- Los contratos en el sector público contenido y elementos (y 2), por *Víctor Manteca Valdelande* 787

Consultas

- Requisitos para la autorización de una ITV móvil 797
- Aportaciones de los Ayuntamientos a Consorcios. Posibilidad de conceder un aplazamiento y fraccionamiento de sus deudas sin exigir intereses 799



El bastón de Balduino (II)

El nuevo embajador

Ese mismo día 3 de marzo llegó a mediodía el nuevo «embajador», sustantivo que escribo en minúsculas y entrecomillado por la simple razón de que oficialmente era tan solo Encargado de Negocios con «Cartas de Gabinete», Emilio Pan de Soraluce y Olmos, rozando ya la cincuentena, hasta ese momento Embajador en Panamá desde cinco años antes, que había desempeñado más de una misión delicada como tendré ocasión de contar. Parecía hombre enérgico y dinámico, a pesar de sus alifafes pues apareció con un nutrido cargamento de píldoras, grageas y pastillas. Hipocondriaco quizá, esa «mala salud» no le impedía la constante actividad y los desplazamientos continuos a los cuales le obligaba su nuevo puesto. Dadas la circunstancias, vino solo y solo estuvo los meses –no muchos- que permaneció en Guinea Ecuatorial, sin la compañía de su esposa, Casilda o de alguno de sus cuatro hijos, tres varones y una chica a quienes evocaba de cuando en cuando con nostalgia. En el mismo avión en que el diplomático había venido regresaron a Madrid las diplomáticas consortes Paquita y Carmen, con sus hijos y la doméstica.

El recién llegado demostraría enseguida ser hábil y resistente, paciente y eficaz, duro y flexible. Se traslucía en su actitud una sedimentada experiencia y una gran seguridad en sí mismo. Congeniamos casi instantáneamente. Aquella misma tarde se entrevistó con el Vicepresidente y alguno de los Ministros residentes en la Isla. En sus conversaciones iniciales hizo abstracción del pasado, con un enfoque muy realista de la situación. Sin embargo, a primeras horas de la mañana del siguiente día, martes cuatro, se frustró una segunda entrevista del nuevo representante diplomático de España con Bosío, por un detalle nimio dadas las circunstancias excepcionales que estábamos viviendo: el Vicepresidente había señalado las nueve como hora de la audiencia y Grange transmitió, por error, las diez. Un tanto desconcertado por no haber sido recibido a causa de un traspies ajeno, ya que Bosio parecía incapaz de tamaña descortesía, nuestro Encargado de Negocios marchó a Bata en el avión de las diez y media, acompañado de Baselga, «degradado» ahora a Consejero sin que tampoco consiguiera entrevistarse con el Presidente. Como de cos-

tumbre andaba de poblado en poblado por la zona, excitando y pacificando a la vez, técnica en la cual era maestro. La valija diplomática no se envió aquel día por temor a que fuera violada.

Existía entonces un cierto ambiente de distensión, obra de Atanasio Ndongo, si bien Macías había prohibido las transferencias bancarias a España, medida no solo ineficaz sino contraproducente. Por otra parte, los hombres de la Guardia Nacional estaban agotados. Llevaban de servicio permanente casi una semana. Así me lo confesaron dos de ellos hablándome con toda claridad mientras en la galería del palacio de gobierno, junto a mi despacho, fumábamos unos pitillos en amistosa charla. Empezaban a cansarse del juego.

Por lo demás prosiguió la evacuación de Río Muni. En el «Ciudad de Pamplona» se habían refugiado ya 540 españoles, entre ellos Emilio Sauca Mena, exdelegado de Hacienda, enfermo y con los nervios rotos, a quien facilitó la fuga Ríos, respaldado por Juan Durán. En Bata el capitán Sevillano estuvo «chapeando» aquella mañana y algunas más, sin que el capitán Bruno, al frente de sus hombres pudiera impedirlo. Lorenzo Madiba, *combe*, funcionario de la Presidencia había desaparecido sin que se conociera su paradero y «nunca más se supo» como decía el Zorro, un popular personaje cómico de la época. En la evacuación de las teresianas se produjo una escena de histerismo entre las alumnas, que temían lo peor de los grupos juveniles al acecho cerca del Colegio. En fin, los Guardias Civiles de Ebebiyín consiguieron replegarse, pero en el interior quedaban todavía unos 30 españoles aislados según informó José Maeso, destacado aquellos días en el continente. Para colmo, el presidente personalmente prohibió al «Río Francolí» que transportara gente desde allí a la isla. Esa tarde en el DC8 llegaron procedentes de Madrid doce periodistas extranjeros que siguieron viaje al Continente. Su testimonio presencial de cuanto estaba sucediendo fue importante para poner de relieve la anarquía que se había apoderado del país.

Nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores cursó instrucciones completas: la evacuación de las Fuerzas Armadas estacionadas en el país era irreversible y se produciría en el plazo de quince días, aún cuando nunca antes de que saliera el último español que voluntariamente deseara hacerlo, fuera o no funcionario, ya que estos no estaban obligados formalmente a permanecer en el país mientras no se regulara su estatuto en los convenios definitivos.

La «Operación Ecuador»

En Santa Isabel, donde la calma era completa, fue detenido Mora, acusado de haber financiado el golpe «al» Estado, pero se le puso en libertad dos días después. El «Ciudad de Toledo» tenía el propósito de levar anclas con rumbo a Bata hasta donde por excepción el «Convair» hacía diariamente dos vuelos para traer evacuados. Del puerto salió una motora, pertrechada lo mejor posible, al parecer con la misión de vigilar de cerca o interceptar al «Villa de Bilbao» que llegó el miércoles 5 y quedó fondeado en la bahía, sin atracar. Llevaba trece infantes de marina, algunos Guardias civiles y el pasaje normal. En la misma línea se encontraba la «Operación Ecuador», para una eventual política de disuasión; navegaban rumbo al Golfo de Biafra el crucero «Canarias», dos Transportes de Ataque («Aragón» y «Castilla») y el petrolero «Teide». El Embajador de Estados Unidos, que tenía el propósito de desplazarse desde Yaundé, a Fernando Póo recibió de Washington la orden de permanecer en su puesto.

Existía latente, a veces exteriorizada, cierta tensión entre militares y diplomáticos por el deslinde de sus respectivas responsabilidades con ocasión de lo sucedido el 26 de febrero. En mi opinión, el comandante Báguena se había limitado a ejecutar en términos castrenses la orden de «controlar la ciudad y, sobre todo el aeropuerto», —eso sí, con entusiasmo no reprimido—.

La Telefónica estaba vigilada por la policía. Tampoco salió ese día la valija diplomática. El escrito de los sedicentes funcionarios españoles de Obras Públicas resultó ser falso, una maniobra de Oyono, hecha con cierta habilidad. Se produjeron algunos incidentes con ocasión de cacheos a mujeres españolas. Según la versión de Germán Díaz, exjefe de la Policía, estos acontecimientos y la agresividad de Presidente hacia los españoles, eran meros pretextos para conseguir un frente común y superar las tensiones internas y la secesión de algunos grupos.

El correo del Zar

A primera hora de la tarde —escribió años más tarde Paloma— me llevabas todos los días al aeropuerto porque yo hacía de Miguel Strogoff, pero en vez de Zar, lo era clandestinamente de todos aquellos que querían que sus envíos llegaran a España. Todos me daban cartas y sobres y yo los metía entre mi ropa. Una vez en el aeropuerto, tenía que buscar a la persona que fuera a viajar y que me pareciera idónea para darle el correo y que lo echara al llegar. A veces era fácil, pero otras la gente tenía miedo y lo difícil era el momento de la entrega. Afortunadamente yo siempre volví del aeropuerto más delgada, con la ropa más holgada. A estos menesteres siempre iba contigo en tu coche azul celeste y demostraste entonces mucha paciencia, puesto que a veces, cuando nos paraban en los controles y me revisaban hasta el bolso, yo protestaba y les trataba como si aquello no fuera algo serio. Yo no estaba acostumbrada a estar atemorizada por nadie y a los negros siempre los he considerado como a los blancos, nunca me han dado miedo, pero claro, me decías que fuera prudente, que las armas las carga el diablo y ellos tenían las metralletas cargadas y apuntando al "blanco".

La profecía se cumple

Atanasio Ndongo y Saturnino Ibongo, acompañados por Rita Ipúa, habían aterrizado en el aeropuerto de Bata al caer la tarde del 1º de marzo. El Ministro de Asuntos Exteriores se encaminó a donde el Presidente le esperaba, que no era el Palacio, antigua residencia del Subgobernador, en el cual nunca pernoctaba. En la entrevista, Macías explicó a su modo el incidente de las banderas y los acontecimientos posteriores. Por su parte, Ndongo informó acerca de su actuación en Addis Abeba, aprovechando luego la ocasión para comentar la actualidad. A su parecer, —dijo— lo sucedido no tenía entidad suficiente para crear una situación tan tensa y peligrosa entre España y Guinea: no era prudente hacer un mar de una gota de agua y en consecuencia no parecía conveniente deteriorar las relaciones entre los dos países. España —añadió— nos conoce mejor que nadie y por ello sería la primera, a pesar de todo, en venir a nuestro lado. Concluyó aconsejándole que diera carpetazo al asunto, rebajara la tensión de sus discursos y su escalada contra el blanco y olvidara lo pasado para que lo mismo hiciera el Gobierno español. Macías se negó rotundamente a contemporizar (1).

Pues bien, en pleno conflicto con España descargó el rayo de la crisis interna. Esa misma noche después de cenar el Ministro marchó a Kogo de donde era natural, acompañado por Rita Ipúa, *ndowé* o *benga* como él y de Saturnino Ibongo. Al siguiente día, 4, a primeras horas de la noche se puso al frente de la Guardia Marítima de Río Benito y de ciertas unidades de la Guardia Nacional que le eran adictas, con la colaboración del Teniente Barros (alias «Azpilicueta») que por entonces tenía el propósito de renunciar a la nacionalidad española para seguir al servicio de Guinea, así como de un Celador cuyo nombre nunca supe. Allí mismo detuvo y se llevó al Delegado Gubernativo Andrés NchuchumaMaviane y al policía Ciriaco Mbomio, ordenando el apresamiento en Bata de Ángel Masié, Ministro de Interior, el Teniente Coronel Tray, jefe de la

(1) Francisco EIA, *Guinea, los últimos años*, Centro de Cultura Popular Canaria, pág. 127

Casa Militar de S.E. y el Alférez Fortunato Okembe, segundo Jefe, Miguel Eyegue, presidente del Consejo Provincial de Río Muni, Pedro Humu, Alcalde de la capital, y el Delegado Gubernativo Esteban Nsué. Todos ellos, maniatados y amordazados, fueron recluidos en un barracón de la Guardia Marítima. A continuación los rebeldes se apoderaron de la emisora de «Radio Ecuatorial Bata», ya que el silencio de «La Voz de Río Muni» sería la contraseña establecida para que los partidarios de Ndongo residentes, en Fernando Póo supieran que el golpe había triunfado.

Los amotinados deambularon por la ciudad encaminándose por fin al Palacio, apenas custodiado, del que se hicieron dueños. Allí había convocado Atanasio, el nuevo presidente, una reunión del Gobierno a las 8 de aquella mañana. Fue visto por última vez en su automóvil oficial por las calles de la ciudad a las siete y veinte. A las 9, nada más enterarse de lo que estaba sucediendo, Francisco Macías, que había pasado la noche con una mulata en una casa cercana, se presentó en el lugar con un grupo de sus partidarios, entre los cuales se encontraba el capitán Salvador EláZeng de la Guardia Nacional que fue el primero en entrar. En lucha cuerpo a cuerpo, sin un solo disparo, dominaron rápidamente la situación. Nadie sabe a ciencia cierta lo que ocurrió en la planta noble del edificio donde estaba el despacho presidencial, si se enzarzaron en una pelea el Presidente y su Ministro o si el capitán Elá dio a éste un culatazo en la nuca, si Atanasio fue arrojado por el balcón o se lanzó él mismo, confiando en su anillo mágico para huir o para suicidarse. Nadie lo sabrá nunca. El hecho comprobado es que su cuerpo quedó tendido en el pavimento del patio, inmóvil, desnudo y con una extensa mancha de sangre coagulada junto a la cabeza durante cinco horas sin recibir asistencia médica (2), rodeado de palos partidos y látigos, dando la sensación al espectador de haber sido víctima de un linchamiento por las «juventudes». A la una de la tarde se permitió su traslado al hospital, previo examen por un médico español de la Guardia Móvil, gracias a la intervención humanitaria de Pan de Soraluze. Macías exigió que se expidiese un certificado de la causa del accidente y actuó como reportero fotográfico. Enseñaba orgullosamente a quien tuviera a mano una instantánea del cuerpo yacente del defenestrado tomada personalmente por él. Luego marchó al acuartelamiento de la Guardia Marítima para liberar a los secuestrados, no sin gritarles e incluso abofetearles.

Mientras tanto el «Convair» que enlazaba la isla y el continente había salido de Santa Isabel lleno de pasajeros cuyo denominador común era la hostilidad al Presidente convertida en odio, «odio africano», muchos de los cuales, por no decir todos, habían participado en la conspiración. Entre ellos se encontraban Pastor ToraoSicara, Armando Balboa, Enrique Gori Molubela, el Dr. Gustavo Watson Bueco y Agustín NvéOndóNchama, estos dos últimos exconsejeros del Gobierno Autónomo, alguno de ellos *bubis* y otros *fernandinos*, así como Marta Moumié, esposa de Atanasio. Cual no sería la sorpresa de tales turistas cuando advirtieron que el aeropuerto de Bata estaba tomado por las fuerzas leales a Macías, que se apresuraron a detener y encarcelar a los viajeros según bajaban por la escalerilla. Todos serían muertos a manos de las turbas con la más salvaje crueldad en las calles de la ciudad o en las dependencias policiales, salvo el Dr. Watson y Gori que fue encarcelado «palizado» y luego asesinado en 1972 tras un simulacro de juicio. Circuló el rumor no confirmado de que se había recibido un telegrama de Castiella felicitando a Ndongo por su éxito.

Así como el vuelo del «avión fantasma» fue revelado por uno de sus pasajeros con fidelidad notarial que se convierte en acta de acusación, la reconstrucción del «golpe de Estado», negado por algunos —precisamente los partidarios de quienes lo dieron— resulta complicada pero no imposible. Los distintos relatos coinciden en lo esencial, aún cuando discrepen en algún detalle.

(2) Rafael FERNÁNDEZ, *Guinea, materia reservada*, Sedmay Ediciones, Madrid 1976, págs. 105-110. Donato Ndongo BIDYOGO, *Historia y tragedia de Guinea Ecuatorial*, Editorial Cambio 16, Madrid 1977, págs. 159-162.

La primera conclusión que se deriva de la lectura de los testimonios publicados hasta ahora es que la intentona de Ndongo fue un hecho, no una fabulación del Presidente ni una confabulación de ambos para expulsar a las Fuerzas Armadas españolas. Se ha dicho también que Macías tuvo conocimiento previo de lo que se preparaba por la delación de un oficial de la Guardia Nacional, que en un principio secundó los planes de Atanasio pero le traicionó a última hora, el teniente «Pistola Blanca».

El análisis conjunto de los elementos de juicio de que disponemos actualmente permite sacar algunas conclusiones. En primer lugar que la actuación de Atanasio Ndongo esa noche fue el resultado de su conversación cinco días antes con Fernando María de Castiella, colega suyo en el Palacio de Santa Cruz, que al parecer le entregó un cheque de noventa millones de pesetas, procedentes de los fondos reservados y probablemente le prometió la colaboración de las Fuerzas Armadas españolas estacionadas en el país. A esta maniobra no fue ajeno Manuel Fraga Iribarne, que se apresuró a enviaren el «avión fantasma» al Director de la Televisión de Guinea, de paso por Madrid, para que fuera testigo presencial y pudiera informar «correctamente» del éxito de la operación. No se contó para nada con la Presidencia del Gobierno.

La profecía, mi profecía, se había hecho realidad. Cuatro meses atrás, a principios de noviembre, con ocasión de mi asistencia como Asesor a las sesiones de la Comisión Legislativa, tuve la oportunidad de observar la actitud y las tácticas del ministro de Asuntos Exteriores, deseoso de ponerle arena en los rodamientos al Presidente. Entonces se hizo la luz y lo vi todo claro. El 24 de noviembre escribí a mis corresponsales en Madrid, junto con otras consideraciones, el párrafo siguiente:

En el Gobierno está Atanasio NdongoMiyone, Ministro de Asuntos Exteriores, cuyo propósito -a mi parecer- consiste en minarle el terreno al Presidente. Quiere crear conflictos insolubles, hacerle resbalar y no ahorra cáscaras de plátano. Un día son las Fuerzas Españolas, que le gustaría ver desaparecer porque dejarían inerte a Macías, a merced de la Guardia Nacional, cuya oficialidad es de Bonifacio y las clases de tropa de Atanasio. Atanasio, drogadicto, sinuoso, peligrosísimo, está preparado para el golpe de estado; esa es mi modesta opinión personal.

La resaca

Inmediatamente después de haber fracasado el «golpe» comenzó la caza del enemigo político y el exterminio de la oposición. En ese momento se quebró la Constitución y fue abrogada aunque no se derogaría formalmente hasta 1973. Francisco Macías se convirtió en un dictador omnímodo y comenzó lo que luego sería un genocidio a lo largo de diez años. Pero entonces no lo sabíamos. Saturnino Ibongo murió apaleado en la cárcel a las siete de la tarde de aquel mismo día, hecho del que fueron testigos presenciales algunos españoles que allí se encontraban hospedados. Macías afirmaría luego que se había suicidado. Se apeó del avión a Carlos Cabrera, Consejero de la República, mulato, cuando pretendía regresar a Santa Isabel en el «Convair», aún cuando fue liberado poco más tarde, pero en cambio Armando Balboa, detenido, «palizado» y víctima de la gangrena subsiguiente moriría por falta de asistencia médica. Con la mujer de Atanasio, Marta Moumié y la secretaria, Rita Ipúa, se ensañaron en forma salvaje, como me explicó ella en mi despacho de Castellana 5 dos años después. Fueron paseadas desnudas, azotadas hasta dejarlas irreconocibles y finalmente violadas con porras y bastones introducidos en su vagina. El doctor Watson, Enrique Gori y tantos más, españoles y guineanos, abarrotaron las prisiones. De otra parte los intelectuales o universitarios nativos eran objeto de estrecha

vigilancia, por suponerse que simpatizaban con Atanasio. En realidad el Presidente había desintegrado la «élite» indígena, hacia la que sentía una mezcla de envidia, celos y desconfianza.

Las «juventudes» impusieron el terror en la calle, lincharon a más de un compatriota ante los ojos atónicos de los corresponsales extranjeros, pasearon desnudas por la ciudad, o en plan «cebolla» con las faldas alzadas sobre la cabeza y anudadas, a las *miningas* que habían tenido relación con los blancos, azotándolas, apaleando y extorsionando a los dueños de factorías y saqueando cuanto encontraban a su paso. Se dijo por entonces que cada uno de estos activos muchachos había obtenido un botín mínimo de unas cien mil pesetas, cifra muy crecida entonces (un maestro ganaba por entonces diez mil mensuales). Se dieron palizas sin cuento. Naturalmente, estos acontecimientos aceleraron la evacuación de Río Muni, donde se produjo entre los españoles una explicable psicosis colectiva.

La situación era tan confusa que Ana María Dougan estaba convencida de que su marido, Ministro de Trabajo, había sido encarcelado. Nada se supo en un principio de Jesús Eworo detenido luego en el despacho oficial a su regreso de Ebebiyín, donde se encontraba cuando se produjo la tentativa del «golpe».

Ese mismo día, llamado por la superioridad, salió para España, desde Santa Isabel, el comandante Báguena, cuya expulsión había ordenado el presidente antes del «golpe». En el mismo avión escapó el Consejero Laboral de la Embajada, Adolfo García Ibán, que en una coyuntura tan dramática sentía el apremio de asistir como vocal de un tribunal censor de unas oposiciones para reclutar auxiliares mecanógrafas de la organización sindical, y vertical por supuesto.

Un asesor bajo sospecha

Al día siguiente del «golpe» me llegó la noticia de que Benítez de Lugo estaba bajo sospecha por haber marchado a España y regresado a Santa Isabel con Atanasio Ndongo. Sin decirse lo me entrevisté inmediatamente con Oyono y Econg para desmentir lo que yo de buena fe creía ser un bulo. Nada más iniciarse la conversación se apresuraron a decirme con vehemencia que estaban seguros de mi lealtad y no tenían queja alguna de mí, pero esa misma afirmación sin mencionar a mi adjunto, era una velada confesión de que desconfiaban de él, así que me llevó la mañana intentar persuadirles de que la coincidencia en los viajes había sido casual y de que mi compañero seguía siendo merecedor de confianza. No sé si realmente lo conseguí aunque ellos finalmente aceptaron mis explicaciones. En aquel momento tanto mis interlocutores como yo ignorábamos la existencia del «avión fantasma» y de sus extraños pasajeros. Creíamos que estos habían llegado en el vuelo regular de Iberia del DC 8, como así había ocurrido aparentemente pero desconocíamos la singularidad del pasaje y su insólito reclutamiento. En ningún momento durante aquellos días saqué el tema a colación con Félix —no deseaba preocuparle— ni tampoco me interesó saber la verdad años después. Cuando me enteré de su actuación a mis espaldas, por sus confidencias a Luis Carrascosa me quedó un mal sabor de boca que el tiempo ha diluido.

El Presidente Macías, en la primera audiencia a Pan de Soraluze reconoció que en la tentativa de «golpe de Estado» no habían participado las Fuerzas Armadas españolas. Sin embargo, cuatro días después implicaría en los hechos a dos oficiales españoles, sin nombrarlos (el teniente Barros y el Celador de Río Benito) aunque en alguna ocasión aislada acusó directamente a la Guardia Civil de haber colaborado. Según su versión el «golpe» fue provocado por los grupos capitalistas españoles que no habían deseado su triunfo en las elecciones y por el Embajador Durán.

Fin de la misión

Estábamos almorzando en el comedor de la Embajada el día cinco cuando sonó el teléfono colocado sobre un mueble auxiliar en el salón contiguo. El *boy* que había atendido la llamada, dejó el auricular descolgado, se acercó a la mesa y me dijo:

– Es para usted, *masa*.

Me levanté y di unos pasos hasta el aparato. Al otro extremo de la línea se oyó la voz de una secretaria

– El señor presidente del Tribunal Supremo desea hablar con usted- e hizo la conexión.

Don Francisco Ruiz Jarabo habló con el tono autoritario que le caracterizaba pero muy afectuosamente.

– Estoy muy preocupado por tu situación ahí, visto lo que está ocurriendo, así que diga lo que diga el Ministerio de Justicia doy por terminada tu misión y te ordeno que regreses.

Él me tuteaba y en su despacho o en familia, en su casa me llamaba «Rafaeliyo». Yo jamás le tuteé ni le apeé el «don», a pesar del afecto mutuo. Nos separaban treinta años y él era quien era.

– Le agradezco mucho su preocupación, don Francisco, por lo que significa para mi familia y no lo olvidaré nunca pero le ruego que confíe en mi criterio, como otras veces, y me permita administrar el tiempo de mi cese. No puedo abandonar así de repente mi puesto y dejar en la estacada a nuestros compatriotas. Si ven huir al Asesor del Presidente de la Republica, la desbandada se convertirá en estampida.

– Está bien. Hazlo a tu manera pero ven pronto. No es un consejo que te doy ni un favor que te pido, es una orden.

– Saldré en cuanto me sea posible, no lo dude y, por favor, tranquilice a mi esposa, a mis padres y a mis hermanos, asegúreles que no corro peligro. No soy un suicida que quiera emular a Gary Cooper.

– Así lo haré, pero vente en seguida , y colgó

Emocionado en mi interior, casi al borde de que se humedecieran mis ojos, colgué yo también, regresé a la mesa y me senté aparentando una serenidad que no sentía. Todos me contemplaban en un silencio expectante pero nadie habló ni preguntó nada. Me dirigí al Encargado de Negocios y le expliqué.

– Era el Presidente del Tribunal Supremo. Da por concluida la misión aquí y me ordena que regrese inmediatamente.

–¿Qué vas a hacer? – indagó por fin Pan de Soraluze temiendo lo peor.

– Quedarme con vosotros hasta que el último español haya salido del país.

– Eso esperaba de ti, remachó Emilio y la expresión de todos se distendió.

Félix Benítez de Lugo añadió con naturalidad dirigiéndose a mi tras su barba.

— Y yo contigo. El Director general de lo Contencioso me ha escrito que haga exactamente lo que tú hagas.

Ese día me sentí contento de haber conocido a Félix y también —por qué no confesarlo— satisfecho de mí mismo.

Las «juventudes» en Fernando Poo

La utilización de las «juventudes» como fuerza de choque e instrumento de intimidación fue desde el principio un efecto de los consejos de García-Trevijano a su pupilo, el presidente electo antes de su toma de posesión del cargo. En las primeras páginas de este relato he contado como los grupos de gamberros se desmandaron en Bata la víspera del día de la independencia, atemorizando y saqueando las «factorías o comercios». Según el «notario excedente» «los jóvenes son manejables, además no tienen nombres propios» y «siguen, sin pensar mucho, las directrices del líder» (3). Una buena muestra de cinismo. En ese terreno el único rival de Macías era Armando Balboa, jefe de las juventudes del «Monalige» y, por ello, predestinado a ser eliminado.

Pues bien, el seis de marzo se quebró la calma aparente que reinaba en Santa Isabel. Por la mañana salieron a la calle las «juventudes». Fui testigo presencial de algunas de sus tropelías. Me encontraba en la Agencia de Viajes África AS, al principio de la mañana, cuando aparecieron preguntando por el jefe. No sabían que era una mujer. Les contuvo un empleado *fang*, Moisés, que se responsabilizó ante ellos con una gallarda actitud, consiguiendo que se marcharan sin molestar. Horas después, a la una de la tarde, frente a la Embajada de Nigeria en el centro de la ciudad, un grupo de unos treinta jóvenes conducían descalzos y golpeados a dos funcionarios de Correos, Freire y Ávalos. El espectáculo era bochornoso.

Estos incidentes y varios más provocaron la desbandada en la colonia española, reflejado al día siguiente, en que el reactor transportó 280 pasajeros. Aunque la capacidad era de 234 asientos se le autorizó para rebasarla. En el casino había un ambiente de histerismo. El pánico había cundido entre los españoles, a quienes intenté tranquilizar. Para esa tarea llamé en mi auxilio a José Cuenca y a Rafael Rodríguez Moñino, secretarios de la Embajada, traído éste de Yaundé, que fueron objeto de invectivas y acusaciones muy duras: se achacaba a los diplomáticos no preocuparse más que de su propia seguridad. En su actitud agresiva, con alusiones a la cuantía del presupuesto militar español, destacó el capitán González Muñiz, del Cuerpo Jurídico Militar, que veinticuatro horas después fue expulsado del país por decisión del Encargado de Negocios a propuesta del Coronel Jefe de las Fuerzas Armadas.

Jesús Oyono, en quien el Presidente había delegado plenos poderes, se comprometió formalmente a controlar las «juventudes» y ordenó la inmediata liberación de los dos funcionarios de Correos, que se refugiaron en el campamento de la Guardia Móvil, con lesiones en todo el cuerpo y los pies llagados. En tal ocasión el «virrey» cumplió su palabra y frenó la irresponsable actuación de los grupos de gamberros. A continuación dictó una orden —cuya redacción me encargó— en la cual se prohibía terminantemente «cualquier actuación de la agrupación denominada "Juventud" contra la población, ya sea nacional o extranjera, significando con ello que los responsables de cualquier acción violenta o atropello serán castigados severamente». Ese mismo día a primera hora de la mañana el Vicepresidente Bosio había decidido dimitir y así se lo anunció telefónicamente a Salvador Ntútumo, que le aconsejó no hacerlo. «¡Hay que salvar

(3) Luis CARRASCOSA, ob. cit., pág. 288

la isla!», exclamaba aquellos mañana llorando Alfredo Jones. Pan de Soraluze consiguió por fin permiso de libre circulación por el interior del continente e incluso escolta para la recuperación de los españoles diseminados por el bosque.

Rafael de Mendizábal Allende
Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional



La responsabilidad patrimonial de la Administración de Trabajo

Por Manuel Fernández-Lomana García
Doctor en Derecho. Magistrado de la Audiencia Nacional

El presente artículo tiene por objeto el examen de las sentencias más relevantes dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de Trabajo. Se trata de sentencias en las que las cuantías reclamadas no suelen superar el límite que permite el acceso a la casación, de aquí su interés, pues, de facto, la Audiencia se convierte en única y definitiva instancia. Por lo demás, las sentencias contribuyen a configurar el estándar de lo que debe considerarse una buena gestión de los intereses públicos.

SUMARIO

- I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INFORMACIÓN ERRÓNEA.
- II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y VÍA DE APREMIO.
- III. RESPONSABILIDAD POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA DE UNA MUTUA.
- IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCORRECTA CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ Y ALTAS INDEBIDAS.
- V. RESPONSABILIDAD POR REVOCACIÓN DE PERMISO DE TRABAJO.
- VI. RESPONSABILIDAD POR ANULACIÓN DE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO (ERE).
- VII. INCORRECTA PUBLICACIÓN DE UNA NORMA EN EL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO QUE GENERA UNA DECISIÓN ERRÓNEA POR PARTE DEL ADMINISTRADO.
- VIII. SUPERACIÓN DEL PLAZO DE DOS AÑOS PARA EFECTUAR LA REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE.
- IX. RESPONSABILIDAD POR NO INCOAR UN EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE.
- X. DENEGACIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD.

La Administración de Trabajo es aquella parte de la Administración Pública que desarrolla «la política laboral de los poderes públicos, mediante acciones y decisiones cuyo estudio pertenece más al dominio de la Política Social que al Derecho del Trabajo» y, por otra parte, lleva a cabo «actuaciones típicamente jurídicas, dirigidas tanto a velar por el cumplimiento de la normativa laboral –tal es el caso de la vasta acción encomendada a la Inspección de Trabajo- como a conocer determinados procedimientos respecto de los que se le atribuye competencias» (1).

(1) A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid 2013, p. 243.

El control de la legalidad de la Administración de Trabajo se encuentra atribuido a la Jurisdicción, especialmente a la Jurisdicción Social –art. 1 a 3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)– y a la Contencioso-Administrativa –art. 3 LRJS y arts. 1 a 3 de la Ley 29/1988, de 12 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)–. No obstante, y sin perjuicio de dicho control, la actuación o la omisión de la Administración de Trabajo pueden causar daños de los que puede derivar responsabilidad para la Administración laboral –art. 139, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC)– (2).

Aunque la finalidad directa de la institución de la responsabilidad patrimonial es resarcir a los particulares de los daños causados por la Administración, lo cierto es que, indirectamente, los Tribunales, al enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, establecen ciertos estándares de comportamiento (3). Por lo tanto, a través de sus pronunciamientos, están contribuyendo a configurar lo que debe ser una «buena administración» (4).

Cuando se trata de conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado la competencia administrativa corresponde al «Ministro respectivo» o «al Consejo de Ministros si una ley así lo dispone» –art. 142 LRJAPAC–. Lo habitual, por lo tanto, es que el Ministro de Trabajo resuelva los expedientes en los que se reclama responsabilidad patrimonial a la Administración de Trabajo. Lo que implica que la competencia para conocer corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional –art. 11.1.a) de la LJCA– y, en concreto, a su Sección Cuarta (5).

Pues bien, el objeto de éste trabajo es analizar las sentencias más relevantes que sobre la materia ha dictado la indicada Sala y Sección durante el año 2013.

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INFORMACIÓN ERRÓNEA

El art. 14.2 del RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, Ley General de la Seguridad Social (LGSS) regula el derecho de los empresarios y trabajadores a la obtención de información de los organismos de la Administración de la Seguridad Social «acerca de los datos a ellos referentes que obren en los mismos» derecho que asimismo tienen las personas «que acrediten un interés personal y directo, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley». Partiendo de esta obligación por parte de la Administración, la posibilidad de que exista responsabilidad patrimonial por suministrar información errónea al administrado ha sido admitida por esta Sala, entre otras, en las SAN de 5 de mayo de 2010 (6) y 23 de marzo de 2001 (7), en consonancia con la doctrina

- (2) El art. 139.1 establece que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».
- (3) La referencia a los estándares de comportamiento para determinar si existe o no responsabilidad patrimonial es constante en nuestra jurisprudencia. Así, la STS de 10 de octubre de 2000 (Rec. 3931/1996) razona que, para que el daño sea antijurídico «basta con que el riesgo inherente a la utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social». En la misma línea, las STS de 21 de julio de 2011 (Rec. 1526/2010) y 6 de noviembre de 1998 (Rec. 6165/1992), entre otras.
- (4) En palabras de la STS de 17 de abril de 2007 (Rec. 3923/2003) los ciudadanos tienen derecho a un «estándar de buena administración». La SAN de 23 de abril de 2008 (Rec. 310/2003) utiliza el término de «administración diligente».
- (5) Como señala R. PARADA VAZQUEZ, *Derecho administrativo II*, Ed. Open, Madrid 2013, pág. 528, cualquier duda sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ha quedado disipada, «de forma especialmente contundente» por el art. 2.e) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual establece «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social».
- (6) Rec. 21/2009.
- (7) Rec. 285/2009.

fijada por la STS de 19 de abril de 2005 (8), indicando el Tribunal que en estos casos se produce una «lesión antijurídica... que el recurrente no tenía obligación de soportar» (9).

Aplicando la anterior doctrina, la SAN de 23 de enero de 2013 (10) analizó un supuesto en el que un trabajador, al que se le había reconocido una prestación de incapacidad permanente total a los 61 años de edad, formuló demanda por responsabilidad patrimonial, narrando que había solicitado información sobre si podía suscribir un convenio especial y así poder mantener las máximas cotizaciones para su futura pensión de jubilación. Informándosele de que «era incompatible la incapacidad permanente total y la posibilidad de suscribir un Convenio especial». En concreto, el recurrente, según relata en su demanda, acudió dos veces a las oficinas de la Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS– (los días 21 y 28 de abril de 2006) y una vez a las oficinas del Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– (el 16 de marzo de 2009). Como se le informó en tal sentido, el solicitante de información, según sus palabras «desistió de la posibilidad de trabajar» (11).

Para la Audiencia Nacional «hay un funcionamiento anormal de los servicios públicos cuando es errónea la información que se da al administrado. Si éste actúa en coherencia con esa información defectuosa, en los perjuicios que sufra concurre el requisito de la relación de causalidad al ser su origen la información errónea; además el daño es antijurídico pues no existe el deber jurídico de soportar las consecuencias del error inducido por la propia Administración».

Sin embargo, en el caso de autos no se accede a conceder la indemnización instada por falta de prueba de los hechos en los que se basa la reclamación, pues sólo se practicó como tal la declaración del funcionario del INSS, quien reconoció haber informado al demandante facilitándole «una copia de la información que hay en la web de la Seguridad Social sobre el convenio especial», remitiéndole a la oficina de la TGSS. No existiendo, en opinión de la Sala, información que pueda calificarse como errónea. Pues, probablemente, salvo casos de información escrita, es muy difícil acreditar que el funcionario ha facilitado una información que haya inducido a error.

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y VÍA DE APREMIO

La posibilidad de que exista responsabilidad patrimonial de la Administración pública por las actuaciones en vía de apremio es reconocida por la STS de 4 de abril de 2011 (12), que admite dicha posibilidad siempre que concurren las notas exigidas por el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC).

La SAN de 3 de marzo de 2013 (13) contempla un caso en el que se declaró la responsabilidad solidaria de una persona jurídica y de una física, por recargo de prestaciones derivados

(8) Rec. 1082/2001.

(9) En la misma línea cabe citar las STS de 14 de marzo de 2005 (Rec. 208/2001) y 8 de abril de 2010 (Rec. 2582/2008). Esta última sentencia razona que no basta con acreditar la existencia de una certificación errónea, sino que además es necesario probar el efectivo daño o perjuicio derivado de dicha certificación.

(10) Rec. 529/2011.

(11) El artículo 2.2.e) de la Orden TAS/2865/2003 establece que podrán suscribir un convenio especial con la TGSS «los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual que, con posterioridad a la fecha de efectos de la correspondiente pensión, hayan realizado trabajos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social y se encuentren en las situaciones previstas en los apartados anteriores».

(12) Rec. 3284/2009.

(13) Rec. 3402/2012.

del fallecimiento de dos trabajadores. La TGSS procedió a dictar providencia de apremio contra ambas. La persona jurídica abonó las cantidades adeudadas en concepto de recargo. Pese a dicho pago, la TGSS embargó una finca perteneciente a la persona física a quien, asimismo, se le embargaron varias cuentas corrientes. Tras ciertos trámites, se obtuvo finalmente el levantamiento del embargo. No obstante, se reclaman daños y perjuicios pues entiende el demandante que, con su proceder, la TGSS ha dañado su imagen de «seriedad o solvencia empresarial». La TGSS reconoce que los embargos eran improcedentes. Sin embargo, la Sala sostiene que no existe responsabilidad patrimonial, pues partiendo de que existe un funcionamiento anormal, «no se ha probado que durante el tiempo al que alcanzan las actuaciones... sea real la lesión en su buen nombre como mercantil, mayor aun que el daño que pudieran haberle causado los hechos originarios que dan lugar a los recargos y, a la postre, a la reclamación de autos». No estando probado, además, que «los embargos le causasen iliquidez o imposibilidad para disponer de la finca embargada, que los bancos le hubieran denegado crédito o que, por aparecer indebidamente como deudora de la Seguridad Social, no hubiera obtenido subvenciones públicas o no pudiese concurrir a procedimientos de contratación pública».

Por el contrario, sí declara la existencia de responsabilidad patrimonial la SAN de 20 de noviembre de 2013 (14). Esta sentencia analiza un supuesto en el que un empleado del hogar, mediante datos falsos, obtiene el alta, considerándose por la Administración que presta servicios para un particular. Dicho particular, ignorante de la situación, se encuentra con que se le embarga su vehículo. El embargado se presentó en las oficinas de la Administración y tras ser informado, manifestó que quien decía ser su empleado del hogar nunca había trabajado para él. A instancia de la Dirección General de la TGSS se dio traslado a la Policía –Sección de Investigación de la Seguridad Social, Grupo Tercero, de la Brigada de Investigación en Delincuencia Económico Financiera– que, tras practicar diligencias, emitió informe indicando que probablemente el acta se había obtenido falsificando documentos. La TGSS, sin embargo, optó por continuar la vía de apremio, embargando sueldo y cuentas corrientes. El embargado volvió a solicitar la suspensión. Acto seguido formuló denuncia penal y, entre otras cosas, el Juez de Instrucción acordó la suspensión de la vía de apremio y que la TGSS emitiese el parte de alta con el fin de verificar la autenticidad de la firma, contestando la TGSS que dicho documento se había extraviado y que sólo podía remitir el parte de baja que firmó el denunciante cuando acudió por primera vez a las oficinas de la Administración. Consecuencia de lo anterior fue que el Juez acordase el sobreseimiento provisional y que la TGSS procediese a reabrir la vía de apremio. El denunciante recurrió la decisión del Juez de sobreseer el proceso, dictando la Audiencia Provincial de Madrid un Auto en el que confirmaba el sobreseimiento, pero acordaba mantener la vigencia de la medida de suspensión y advertía a la TGSS que podía incurrir en responsabilidad de continuar la vía de apremio. Fue entonces cuando la unidad de recaudación de la TGSS se dirigió a los Servicios Jurídicos de la Entidad Gestora, que informaron que «no procedía realizar actos de ejecución contra el patrimonio de D. Luis Francisco, pues aunque no pudiese verificarse si la firma era o no falsa, lo que sí era claro era que la Administración había perdido el documento de alta y no podía beneficiarse de una situación que se había provocado con el extravío del documento». El informe interno de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS «manifiesta su conformidad para el resarcimiento de los daños siempre que resulten acreditados. Procediendo anular el alta del empleado del hogar por el periodo febrero de 1999 a diciembre de 2002 y el levantamiento de todos los embargos».

(14) Rec. 3679/2012.

Para la Audiencia Nacional, «el anormal funcionamiento de la Administración ha causado un daño al recurrente. En efecto, el art 6.3 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, General de Recaudación de la Seguridad Social, dispone que sólo procederá la suspensión en los términos establecidos en el art 129 de la LJCA o en aquellos establecidos en el Reglamento o la Ley. Pues bien, la Sala entiende que, si bien en un principio podría disculparse la conducta de la TGSS, que obró en la creencia de que el alta era correcta, posteriormente, la aplicación de un principio de prudencia aconsejaba la adopción de la suspensión reiteradamente instada por el recurrente, hasta verificar la veracidad de sus alegaciones. Máxime cuando consta que la Sección de Investigación de la Seguridad Social, Grupo Tercero, de la Brigada de Investigación en Delincuencia Económico Financiera, que obró a instancia de la propia TGSS, informó, en dos ocasiones, que la documentación por la que se había dado de alta al empleado del hogar, estaba, probablemente, manipulada. En lugar de esto, la TGSS continuó con la ejecución. Además, en determinado momento la TGSS fue consciente de que había perdido la documentación acreditativa del alta y, pese a ello, continuó con la ejecución, que sólo detuvo cuando el Juzgado de Instrucción ordenó paralizar el procedimiento. Sabiendo que el Juzgado dictó Auto de sobreseimiento ante la imposibilidad de verificar la falsedad de la firma por pérdida del documento, la TGSS volvió a reanudar la ejecución, hasta la resolución de la Audiencia Provincial. La conducta de la TGSS no obedece a una conducta que pueda calificarse de funcionamiento normal desde parámetros estándar. En esta línea, la STS de 14 de julio de 2008 (15) razona que el administrado sólo tiene obligación de soportar la actuación administrativa cuando la Administración actúa conforme a "los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la ley y al Derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad"». La Sala concede una indemnización al recurrente por los daños morales padecidos al soportar esta situación.

III. RESPONSABILIDAD POR DEFECTUOSA ASISTENCIA SANITARIA DE UNA MUTUA

La tesis que viene sosteniendo la Audiencia Nacional es que no existe responsabilidad de la Administración del Estado, por lo que procede confirmar las Resoluciones del Sr. Ministro en las que se rechaza la reclamación por incompetencia de la Administración central y sin entrar a juzgar sobre la posible responsabilidad de la Mutua –SAN de 13 de febrero de 2013 (16) (Rec. 3329/2012)–.

La doctrina se reitera por la SAN de 18 de diciembre de 2013 (17), donde se razona que «de conformidad con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2011 (18), dictada en unificación de doctrina: "La responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social debe ser exigida a las mismas, de forma que si se demuestra la existencia del nexo causal entre la asistencia prestada y el daño producido, y el mismo es anti-jurídico, de modo que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarlo, la Mutua demandada debe responder por las consecuencias del daño producido haciendo frente a la indemnización que corresponda, sin que pueda condenarse por ello a la Administración competente para la vigilancia del funcionamiento del sistema sanitario, bien sea la Comunidad

(15) Rec. 289/2007.

(16) Rec. 3329/2012.

(17) Rec. 3160/2012.

(18) Rec. 388/2009.

Autónoma correspondiente o el INSALUD, hoy INGESA, pero en ningún caso el INSS¹⁹» (19). Por lo tanto, no existe responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, por lo que la decisión de rechazar la reclamación por parte del Ministro de Trabajo y Empleo es correcta.

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR INCORRECTA CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ Y ALTAS INDEBIDAS

Son varias las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional resolviendo este tipo de pretensión. La SAN de 20 de febrero de 2013 (20) analiza el caso de un trabajador al que el INSS le deniega la prestación de invalidez, al considerar que las lesiones que padece no le inhabilitan para el trabajo. No conforme con esta decisión, el trabajador recurre y obtiene una sentencia del Juzgado de lo Social de 21 de noviembre de 2005 que, dándole la razón, le declara en situación de invalidez. Esta sentencia es confirmada el 20 de diciembre de 2006 por el TSJ de Cataluña.

El trabajador sostiene que, ante la falta de ingresos, tuvo que suscribir un préstamo, que garantizó con la hipoteca de su vivienda. Como no pudo pagarlo, su casa fue vendida en ejecución de la hipoteca, por lo que solicita una indemnización. La Sala rechaza la petición de indemnización por dos razones:

En primer lugar por falta de vinculación causal entre el daño, en este caso la pérdida de la vivienda, y la actuación de la Administración. Así, consta en autos que suscribió el préstamo hipotecario el 18 de enero de 2007; que los atrasos de la invalidez se los pagaron el 27 de febrero de 2007 y que el recurrente no abonó los plazos a los que se había comprometido los días 15, 16 y 17 de julio de 2007. No puede afirmarse, por lo tanto, que exista vinculación entre el retraso en el abono de la prestación y la pérdida de la vivienda habitual. La Sala destaca que la vivienda ya estaba afecta a otros créditos hipotecarios que estaban siendo objeto de ejecución.

Pero además, la Sala aplica una doctrina constante y conforme a la cual, en los supuestos de anulación de una resolución administrativa que aplica conceptos jurídicos indeterminados, sólo puede afirmarse que exista responsabilidad cuando la ilegalidad del acto es «manifiesta, palmaria o grosera»; y no cuando se anula por una «distinta apreciación del alcance de sus padecimientos».

En la misma línea se pronuncia la SAN de 27 de febrero de 2013 (21). En este caso el recurrente, Letrado del INSS, reclama responsabilidad patrimonial porque la inicial resolución del INSS declarándole en situación de incapacidad permanente total, fue revocada por los Tribunales, los cuales le consideraron apto para el desempeño de su profesión. La Sala, sin embargo, aplicando la doctrina anterior, entiende que la Resolución del INSS fue razonable, en atención a los dictámenes obrantes en el expediente y recuerda, con cita de la STS de 21 de abril de 2005 (22) que, cuando se trata de aplicar conceptos jurídicos indeterminados es «necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los

(19) La STS de 10 de diciembre de 2009 (Rec. 1885/2008) realiza un excelente resumen de la jurisprudencia existente sobre la materia.

(20) Rec. 934/2013.

(21) Rec. 100/2011.

(22) Rec. 222/2001.

requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones».

En este sentido, la SAN de 13 de noviembre de 2013 (23). La singularidad del caso es que, en este supuesto, un funcionario público sujeto al Régimen General de la Seguridad Social, fue declarado en situación de incapacidad permanente total y, recurrida la decisión, fue declarado en situación de incapacidad permanente parcial, reclamando la diferencia salarial, pues desde la declaración en situación de incapacidad permanente total y hasta su reingreso, percibió unos ingresos menores. La Sala insiste en la razonable conducta del INSS, sin perjuicio de que su opinión no fuese confirmada por los Tribunales, pues la Administración actuó «tramitando adecuadamente el proceso, siguiendo las indicaciones de los servicios médicos y realizando una aplicación razonable de la norma».

Se aplica la misma doctrina en supuestos de altas por razones médicas que luego son anuladas por indebidas. Así, la SAN de 19 de junio de 2013 (24) rechaza la existencia de responsabilidad por dar de alta a un trabajador en situación de incapacidad temporal, decisión que luego es anulada en la vía judicial social. Para la Audiencia Nacional no existe responsabilidad por las siguientes razones: la inspección médica no se opuso al alta y en el alta hospitalaria del actor, expresamente se dice que «continuará con su régimen de vida previo habitual», no obrando en el expediente dictamen del que pudiera inferirse su falta de capacidad para el trabajo; el Juzgado ratificó la decisión del INSS y en la sentencia se dice que el trabajador «continuaba asintomático con excepción de un discreto exoftalmos» y así se recogía también en el informe del Médico forense donde se dice que, tras el alta médica «no estaba indicado tratamiento alguno»; y si bien, finalmente, el TSJ entendió que no procedía el alta, lo cierto es que el INSS, con el material fáctico del que disponía, actuó siempre dentro de forma razonable.

V. RESPONSABILIDAD POR REVOCACIÓN DE PERMISO DE TRABAJO

Otro grupo de reclamaciones tiene su origen en la pretensión de una indemnización cuando se deniega el permiso de trabajo y, posteriormente, una resolución judicial anula la resolución administrativa. También aquí la Sala aplica la doctrina elaborada para los actos que aplican potestades discrecionales o conceptos jurídicos indeterminados. Entendiendo que, si la aplicación de los mismos es razonable, no concurre el elemento de la antijuridicidad y no existe responsabilidad patrimonial.

Por ello, la SAN de 6 de marzo de 2013 (25) considera que no existe responsabilidad en un supuesto en el que se denegó la renovación de la autorización de residencia y trabajo, al tener

(23) Rec. 80/2013.

(24) Rec. 3369/2012.

(25) Rec. 3678/2012.

el solicitante antecedentes penales como autor de un delito contra la seguridad del tráfico. Pues, aunque el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander había anulado la resolución administrativa por considerar que «tratándose de una renovación y teniendo en cuenta que si bien momento de dictarse la resolución impugnada no se había cumplido la pena de privación temporal del permiso de conducir, ya estaba cumplida cuando se dicta la sentencia y que se había solicitado el indulto», la denegación no estaba suficientemente justificada y, además, era desproporcionada, teniendo en cuenta la naturaleza de delito. Lo cierto es que la actuación de la Administración no fue irrazonable, pues «el peticionario tenía antecedentes penales en España al haber sido condenado por sentencia firme por un delito contra la seguridad del tráfico, y la normativa vigente contempla dicha circunstancia como causa de denegación de la autorización y, por ende, también de la renovación, si bien se permite que en algunos casos, como cuando se haya cumplido la condena, se haya sido indultado o que se encuentre en la situación de remisión condicional de la pena (art. 54.9º RD 2393/2004), la Administración, no obstante esa condena, valore si procede renovar la autorización de residencia y trabajo. Y en el momento en que se dicta la resolución denegatoria no concurrían ninguno de esos supuestos, pues la pena no había sido cumplida todavía, ni el recurrente había sido indultado, ni se encontraba en situación de remisión condicional de la pena».

A un supuesto similar se enfrentó la SAN (4.ª) de 24 de abril de 2013 (26). También en este caso se denegó la renovación de residencia temporal y trabajo por tener el solicitante antecedentes penales. Sin embargo, la Resolución administrativa fue revocada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Logroño, basándose en que la condena penal por violencia doméstica se había cumplido y los Servicios Sociales municipales informaban de la existencia de una conducta cívica adecuada desde tal fecha, habiendo reanudado la convivencia con su esposa, considerándose que aquella condena obedeció a un hecho aislado. Vuelve a insistir la Audiencia Nacional en que la decisión de la Administración se desarrolló dentro de parámetros razonables, aun cuando fuese revocada y que, por lo tanto, no existe antijuridicidad, ni por ello responsabilidad patrimonial.

Por su parte, la SAN de 19 de junio de 2013 (27) analiza un caso de denegación de solicitud de prórroga de residencia y trabajo, por no poseer pasaporte, ni acreditar que se hubiese solicitado su renovación. El solicitante recurrió en vía administrativa la decisión, indicando que no podía aportar el pasaporte por ser solicitante de asilo. La Administración desestimó el recurso indicando que la petición de asilo había sido desestimada —esta resolución denegando el asilo fue confirmada por al SAN (1ª) de 30 de noviembre de 2004 (Rec. 1343/2002)—. Recurrida la decisión denegatoria de la prórroga de residencia y trabajo, el Juez de lo Contencioso-Administrativo y, posteriormente, el TSJ de Valencia anularon la resolución, por un defecto formal en la tramitación del expediente administrativo.

La Sala de la Audiencia Nacional entiende que no existe responsabilidad patrimonial de la Administración pues, siendo cierto que por omisión del trámite de audiencia la resolución administrativa se anuló la resolución administrativa, no es menos cierto que el recurrente no tenía pasaporte. Que la alegación efectuada por el demandante de que no podía obtenerlo al ser solicitante de asilo, fue contestada por la Administración razonando que su solicitud había sido denegada y esta decisión, fue confirmada posteriormente por la Audiencia Nacional, desistién-

(26) Rec. 3568/2012.

(27) Rec. 3550/2012.

dose del recurso ante el Tribunal Supremo. Y que, de hecho, el recurrente obtuvo con posterioridad el pasaporte, sin que conste que hubiese tenido problema alguno para su obtención. De todo ello se infiere que la Administración actuó siempre dentro de márgenes de razonabilidad. De hecho, una vez presentado el pasaporte, la Administración dictó Resolución concediendo la prórroga solicitada.

Sí se concede la indemnización solicitada en el supuesto examinado por la SAN de 18 de diciembre de 2013 (28). En este caso, se denegó la autorización de residencia temporal con base a la existencia de antecedentes penales, anulándose la resolución administrativa por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Málaga, al haber padecido la Administración un error en la identidad, resultando «palmario que la identidad del condenado no corresponde con la del recurrente». Para la Audiencia Nacional, el administrado, no está obligado a soportar el error generado por la aproximación entre los nombres, concediendo la correspondiente indemnización.

VI. RESPONSABILIDAD POR ANULACIÓN DE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO (ERE)

Estos supuestos de responsabilidad ya no pueden producirse desde la reforma operada por la Ley 3/2012, pues se ha suprimido la necesidad de obtener autorización administrativa para extinguir los contratos de trabajo. No obstante, sigue siendo necesaria la autorización administrativa en los supuestos de despido por fuerza mayor del art. 51.7 del Estatuto de los Trabajadores.

La SAN de 20 de marzo de 2013 (29) contempla un caso en el que se denegó a la empresa la autorización para extinguir varios contratos de trabajo y, posteriormente, la resolución denegatoria fue revocada en la misma vía administrativa, sin necesidad de acudir a los Tribunales. La empresa afirma que la autorización debió concederse desde el primer momento y que el retraso le ha causado unos perjuicios que cuantifica en el importe de los salarios que ha tenido que pagar desde la inicial denegación y hasta la posterior autorización. Y la cantidad correspondiente a la extinción de dos contratos individuales que, «ante la incertidumbre del recurso de alzada», tuvo que extinguir mediante acuerdo y abonando de la correspondiente indemnización, superior a la que hubiese correspondido de haberse autorizado la extinción. Para la Sala, como la Administración dejó transcurrir quince días sin resolver la petición, operó el silencio positivo y, por lo tanto, no cabía dictar una resolución denegatoria. Como la autorización debió concederse, se entiende que existe responsabilidad de la Administración, pues en un supuesto de silencio positivo no existe margen para la discrecionalidad, no teniendo, el administrado, obligación de soportar el daño. Por lo tanto, se condena a la Administración a que abone los salarios desde que se denegó y hasta que se concedió la oportuna autorización. Sin embargo, se rechaza conceder una indemnización por los dos contratos extinguidos mediante acuerdo, pues «no puede vincularse a la actuación de la Administración, sino a la decisión de la empresa, razón por la que los daños reclamados por este concepto no son indemnizables, por falta de nexo causal».

En la SAN de 5 de junio de 2013 (30) se analiza el caso de una trabajadora que fue incluida indebidamente en un ERE, pues tenía prioridad de permanencia en la empresa respecto de otros

(28) Rec. 3692/2012.

(29) Rec. 3463/2012.

(30) Rec. 3521/2012.

trabajadores, al ser titular de familia numerosa, lo que puso en conocimiento de la Dirección General de Trabajo y de la empresa. Recurrida la decisión que autorizaba su despido, la STS (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 9 de abril de 2002, le dio la razón; siendo confirmada la decisión por STS de 9 de noviembre de 2005. Excluida del ERE, solicitó el reingreso en la empresa, que le fue concedido. La trabajadora solicitó, además, a la empresa, el abono de los salarios desde el cese hasta la reincorporación y un premio de dos mensualidades que le correspondía por alcanzar los 50 años de edad. De dichas cantidades sustraía la indemnización percibida por la extinción obtenida en el ERE, reclamando la diferencia. La empresa se negó al abono de esta cantidad y recurrida la decisión empresarial, la jurisdicción social desestimó la demanda de la trabajadora.

La Sala razona que es la empresa la que solicitó y acordó, ciertamente previa autorización, la extinción de la relación de trabajo de la trabajadora, por lo que la responsabilidad, más que de la Administración, es de la empresa. Pero, en todo caso, si en sentencias firmes la jurisdicción social rechaza que la trabajadora tenga derecho a la percepción de tales indemnizaciones, lo que no cabe es reclamarlas a la Administración. Es decir, «el daño alegado no es antijurídico, ya que viene impuesto por la interpretación de la norma legal declarada por la jurisdicción social».

En la misma línea, se han pronunciado las SAN de 4 de diciembre y 18 de diciembre de 2013 (31) (Rec. 260/2013 y 123/2013). En estos casos, se trata la petición por los trabajadores de los salarios dejados de percibir desde la autorización administrativa y cese en su relación de trabajo y hasta su reincorporación, una vez que la resolución fue declarada nula. La Sala rechaza la pretensión aplicando la doctrina contenida en la STS (Social) de 31 de mayo de 2006 (32), razonando que la indicada sentencia sostiene «que en los supuestos de extinción del contrato con base a una autorización administrativa, no se tiene derecho a percibir salarios, ni indemnización alguna en concepto de daños desde el cese hasta la readmisión. Y si, lógicamente el ordenamiento laboral, que en expresión del Tribunal regula la materia de forma completa, no concede tal derecho, no parece que el mismo pueda obtenerse por la vía de acudir a la responsabilidad de la Administración. Precisamente por ello y para compensar el daño causado por la decisión empresarial, el trabajador consolida la cantidad recibida por el despido que le resarce de la "readaptación profesional o reinserción en el mercado de trabajo" y que no tiene obligación de devolver, según razona el Tribunal Supremo. Ciertamente, los recurrentes prueban que la empresa les está reclamando la devolución de dicha cantidad, pero el ejercicio de tal acción por la empresa no puede justificar el abono de la cantidad reclamada por parte de la Administración. Quedando, además, gran parte del daño reclamado sin contenido, pues los recurrentes han tenido garantizada una percepción del 76% de su salario hasta la readmisión, según los mismos indican en su demanda. Por último, la posición de los recurrentes podría ser contradictoria pues, según indican en su demanda, rechazan que tengan obligación de devolver dicha indemnización y, al mismo tiempo, reclaman que se les abonen los salarios dejados de percibir, lo que implicaría que sumando estas dos vías de resarcimiento percibirían una cantidad mayor de la que hubiesen recibido de permanecer en activo».

(31) Rec. 260 y 123/2013.

(32) Rec. 1763/2005.

VII. INCORRECTA PUBLICACIÓN DE UNA NORMA EN EL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO QUE GENERA UNA DECISIÓN ERRÓNEA POR PARTE DEL ADMINISTRADO

En el supuesto enjuiciado por la SAN de 17 de abril de 2013 (33) un administrado toma una decisión irreversible con base a una norma que, posteriormente, se rectifica por la vía de la corrección de errores.

En concreto, en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* de 26 de mayo de 2011 se publicó la Orden TIN/1362/2011 sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados. Dicha norma establece el régimen de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista –regulado en el art 16 de la Orden de 18 de enero de 1967–. No obstante, la norma contiene una disposición adicional única conforme a la cual «el régimen de incompatibilidad a que se refiere esta orden no será de aplicación con respecto a los supuestos en los que la correspondiente pensión de jubilación viniera compatibilizándose con el ejercicio de la actividad por cuenta propia del profesional colegiado con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden». Por lo demás, la Orden entraría en vigor «el día primero del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE».

Con el fin de compatibilizar la pensión de jubilación y el ejercicio de una profesión liberal, el hoy demandante, que tenía ya cumplidos 65 años, solicitó el 27 de mayo de 2011 la jubilación, causando baja en la Generalitat Valenciana, Consellería de Sanitat el 1 de junio de 2011. Así lo acordó la Generalitat Valenciana en aplicación de lo establecido en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal estatutario de los servicios de salud. Además, por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de Valencia de 8 de junio de 2011, le fue reconocida prestación de jubilación con efectos de 1 de junio de 2011. Es decir, que amparándose en el tenor literal de la disposición adicional única contenida en la orden, el demandante solicitó la rápida tramitación de su jubilación para poder compatibilizar trabajo y pensión.

Pues bien, ya jubilado el actor, el *BOE* de 4 de junio de 2011 publica una corrección de errores en la cual la expresión «con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden» se sustituye por la expresión «con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta orden, así como para quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad». Lo que implicaba que, como el demandante, a la fecha de la entrada en vigor tenía ya 65 años, no resultaba afectado por lo establecido en la Orden y, en su día, podía haber compatibilizado la prestación de jubilación con el ejercicio de su profesión.

Para la Sala, no hay duda de que existe responsabilidad de la Administración del Estado. De hecho, la propia Abogacía del Estado así lo reconoció. El debate se centró en la cuantía de la indemnización, que se fijó en la cantidad que hubiese percibido de haber continuado trabajando. Un parte a tanto alzado –la ya vencida a la fecha de la sentencia- y otra con carácter periódico hasta la edad de 70 años, salvo incapacidad o fallecimiento con anterioridad a que se alcance dicha edad.

(33) Rec. 3410/2012.

VIII. SUPERACIÓN DEL PLAZO DE DOS AÑOS PARA EFECTUAR LA REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

La SAN de 17 de abril de 2013 (34) examina el caso de un trabajador que inició un proceso de incapacidad temporal el 14 de febrero de 2007 con el diagnóstico de «leucemia aguda mieloblástica». Próximo el tiempo máximo de duración de la IT, se propuso por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) declarar al demandante en situación de incapacidad permanente absoluta (IPA). Se dictó Resolución el 7 de agosto de 2008 declarando a D. Lucas en situación de IPA e indicándole que «se prevé que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría, que permita su reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años (art 48.2 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores -ET-), y fijándose para primera revisión la fecha de 3 de agosto de 2009. El 9 de septiembre de 2009 se dictó una nueva Resolución en la que se indicaba que no se había producido variación en el estado de sus lesiones que determinase la modificación del grado de incapacidad, continuando en la situación de IPA. El 31 de mayo de 2010 se comunicó al actor que se procedía a iniciar un expediente de revisión. El 9 de agosto de 2010 se envió al demandante copia del informe propuesta para alegaciones por diez días. Y el 1 de septiembre de 2010 se dictó Resolución por la que se declaraba que procedía la revisión por mejoría y que el trabajador no se encontraba afecto a ningún grado de incapacidad, procediendo en consecuencia a darle de baja en el cobro de la pensión. Copia de esta decisión se remitió a la empresa, constandingo que el trabajador la recibió el 6 de septiembre de 2010. Mediante escrito de 7 de septiembre de 2010, el trabajador solicitó su reincorporación a la empresa, la cual le fue denegada el 9 de septiembre de 2010 por entender que la petición de ingreso se había realizado con superación del plazo de dos años contados desde la resolución administrativa de 7 de agosto de 2008.

La Audiencia Nacional recuerda que el art 48.2 del ET establece que «en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente». Encontrándose regulado el proceso de revisión en el RD 1300/1995, de 21 de julio y en la Orden de 18 de enero de 1996.

También recuerda que, conforme a la STS (Social) de 28 de mayo de 2009 (35), el art. 48.2 ET establece que el derecho a reserva del puesto de trabajo sólo dura dos años contados desde la fecha de la resolución administrativa declarando la incapacidad. Si el INSS dicta la Resolución superados los dos años el empresario no está obligado a la readmisión y se genera un perjuicio grave al trabajador que pierde su derecho a la reincorporación. La norma encuentra justificación en la conciliación entre los intereses generales del sistema de la seguridad social y la defensa de la estabilidad en el empleo del trabajador. En efecto, con ánimo de disminuir el coste que para el sistema supone una larga permanencia en la situación de IT, el legislador ha establecido un periodo máximo en el que se puede permanecer en dicha situación —con carácter general 18 meses—; pero, al mismo tiempo, y con el fin de defender la estabilidad en el empleo del trabajador —recuérdese que la declaración de incapacidad permanente es causa de extinción

(34) Rec. 3269/2012.

(35) Rec. 2341/2008.

del contrato de trabajo—, el legislador, en supuestos en los que sea previsible la mejoría del trabajador, opta por suspender la relación de trabajo con derecho a la reincorporación por dos años.

Por todo ello, la Sala concluye que la tardía resolución del INSS ha generado una lesión en los bienes y derechos del demandante, causando un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que la Sala concreta en la indemnización correspondiente a un despido improcedente a la fecha en que fue rechazada la admisión por la empresa, pues tal es el valor de la relación de trabajo extinguida según el legislador. La doctrina fue reiterada por la SAN de 29 de mayo de 2013 (36).

IX. RESPONSABILIDAD POR NO INCOAR UN EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE

En la SAN de 24 de julio de 2013 (37) se examina un supuesto en el que un trabajador sufrió un accidente de trabajo el 3 de agosto de 2000. Iniciado un expediente de incapacidad permanente a instancia del trabajador el 22 de enero de 2001, se terminó por declararle en situación de gran invalidez por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de Málaga de 23 de abril de 2001. El día del accidente de trabajo se giró visita a la empresa por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que emitió informe el 1 de diciembre de 2000, dirigido a la Dirección Provincial del INSS, con propuesta de inicio de expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene por parte de la empresa e instando la imposición de un recargo del 50% sobre todas las prestaciones económicas que pudieran satisfacerse como consecuencia del referido accidente de trabajo. Sin embargo, la Dirección Provincial del INSS no inició expediente alguno. El trabajador interpuso denuncia en vía penal que concluyó con Auto de sobreseimiento de 4 de julio de 2002. Reclamó daños y perjuicios al empresario como consecuencia de las lesiones generadas por el accidente, que concluyeron con STSJ (Social) de Andalucía (Málaga) de 7 de julio de 2005 condenando a la empresa al abono de una indemnización —la STS de 5 de diciembre desestimó el recurso contra esta sentencia—. Por último, el 28 de noviembre de 2008, el trabajador solicitó la imposición del recargo ante la Dirección Provincial del INSS, que por Resolución de 22 de julio de 2009, impuso un recargo del 50% en las prestaciones, declarando la responsabilidad de la empresa. Recurrida esta decisión en vía administrativa, por Resolución de 16 de febrero de 2010 el INSS declaró prescrito el recargo acogiendo el recurso de la empresa. Recurrida esta decisión en vía judicial social, tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ confirmaron la decisión del INSS.

Entiende el trabajador que la inactividad del INSS ha supuesto la prescripción de su derecho al recargo y le ha generado un perjuicio que debe ser reparado. La Audiencia Nacional no tiene dudas de que estamos ante un supuesto de mal funcionamiento, pues existe «una inactividad de la Administración al no atender a la petición razonada del Inspector de Trabajo de fecha 1 de diciembre de 2000 para que se iniciara el procedimiento tendente reconocer el recargo de prestaciones, ni exponer las razones por las que no lo hacía, de modo que cuando lo inicia a solicitud del interesado ya había prescrito el derecho, tal y como declaró la jurisdicción social, quedando privado el recurrente de la percepción de ese recargo».

No obstante, se razona «que el procedimiento para el reconocimiento del recargo puede iniciarse a instancia del interesado, y este no presentó su solicitud hasta el 28 de noviembre de

(36) Rec. 128/2011.

(37) Rec. 3665/2012.

2008, cuando ya había prescrito el derecho. Por tanto, se aprecia una concurrencia de culpas en la producción del daño, pues si bien la Administración debía haber actuado ante la petición razonada del Inspector, también el interesado podía haber instado el inicio del procedimiento antes del transcurso del plazo de prescripción, lo que tendrá los efectos que a continuación se expondrán en orden la fijación de la cuantía a indemnizar. Concurrencia de culpas que se fija en un 50% de responsabilidad para cada uno, pues no se aprecian razones concluyentes para calificar más negativamente la actuación de la Administración que la del interesado o viceversa y, por tanto, la culpa ha de repartirse por mitades».

X. DENEGACIÓN DE PENSIÓN DE VIUDEDAD

La SAN de 11 de diciembre de 2013 (38), analiza un supuesto en el que una viuda, solicitó del INSS Prestación de Viudedad el 16 de junio de 2004, que le fue denegada por Resolución de 25 de junio 2004 por no encontrarse el causante, esposo de la solicitante y fallecido el 18 de mayo de 2004, al corriente en el pago de las cotizaciones al Régimen de Autónomos de la Seguridad Social, por tener en descubierto el período comprendido entre 11/1990 y 12/1991. El INSS comunicó a la solicitante en la resolución citada que si ingresaba las cuotas correspondientes en el plazo de 30 días naturales a partir de la recepción de la notificación, presentando los justificantes de pago, se procedería al reconocimiento de la prestación. La demandante no atendió el requerimiento efectuado por el INSS, no abonando las cuotas adeudadas por el causante. Contra dicha resolución formuló la actora Reclamación Previa el 30 de julio de 2004, acompañando Certificado de la TGSS de 22 de julio de 2004 en la que hacía constar que su esposo, «no tiene pendiente de ingreso ninguna reclamación por deudas ya vencidas con la Seguridad Social». La reclamación previa fue desestimada por el INSS mediante resolución con fecha de registro de salida de 20 de agosto de 2004. La viuda presentó demanda el 1 de octubre de 2004 en solicitud de Prestación de Viudedad, desestimando el Juzgado la demanda y absolviendo al INSS de las pretensiones deducidas en su contra. Formulado recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, fue desestimado por la Sala del TSJ en Sentencia de fecha 9 de mayo de 2006, razonando en su Fundamento de Derecho Único que «el causante falleció el 18/5/04, sin estar de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, con descubierto de cotización de los años noventa y noventa y uno, y que la actora poco después de su muerte solicitó las pensiones reclamadas al INSS que se las denegó, indicándosele que tenía que abonar las cuotas en descubierto, pero la actora no lo hizo por estar prescritas, por lo que se le denegaron las prestaciones al no efectuar el pago, y no se hallaba al corriente del pago, pero no obstante tal como consta en la sentencia recurrida, la cotización debida era exigible en el momento del hecho causante, habiendo prescrito después, inclusive de la invitación al pago que la actora no intentó siquiera, no tiene derecho a las prestaciones reclamadas, y no se ha infringido ningún artículo y se desestima el motivo y el recurso y la sala no puede examinar la peticiones subsidiarias introducidas en él, por ser cuestión nueva no debatida en juicio». Formulada una nueva solicitud, el INSS dictó resolución con fecha 16 de octubre de 2009 denegando la prestación de viudedad «porque el asunto planteado ha sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana mediante sentencia de fecha 9 de mayo 2006, que ha adquirido la condición de firme. Es por tanto una situación de cosa juzgada», desestimando la reclamación previa. Recurridas estas decisiones, fueron confirmadas por STSJ de la Comunidad de Valencia de 25 de mayo de 2012 e inadmitido el recurso de casación de doctrina por ATS de 11 de abril de 2013.

(38) Rec. 123/2013.

La Sala rechaza la petición de responsabilidad pues «a través de este recurso se pretende el reconocimiento de una prestación que ha sido denegada por la jurisdicción competente, declarando que no tenía derecho a ella, por falta de los requisitos», sin que sea posible reabrir el debate competencia de la jurisdicción social por la vía indirecta de reclamar responsabilidad patrimonial, pues según la jurisdicción social, competente para enjuiciar la procedencia o no de la pensión, la decisión del INSS fue conforme a Derecho, lo que implica que no concurre el requisito de la antijuridicidad.

Problemática de la indemnización por residencia en la Administración General del Estado

Por Eugenio Arribas López

Doctor en Derecho y Criminólogo. Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

La denominada indemnización por residencia, sin que se pueda considerar como un concepto retributivo en sentido estricto, es una cantidad de dinero importante que mensualmente perciben los empleados públicos que están destinados en determinadas zonas geográficas del territorio del Estado. Su propia naturaleza compensatoria y no retributiva hace aflorar una problemática conceptual y práctica específica que se estudia en este trabajo.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.
- III. ALGUNAS NORMAS REGULADORAS.
- IV. ¿SE DEBE CONTINUAR PERCIBIENDO LA INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA EN EL CASO DE INCAPACIDAD TEMPORAL DEL EMPLEADO PÚBLICO?.
- V. EL NUEVO RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA.
- VI. SUSPENSIÓN DE FUNCIONES E INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA.
 1. Suspensión provisional.
 2. Suspensión definitiva.
- VII. REDUCCIONES DE JORNADA CON DEDUCCIÓN PROPORCIONAL DE RETRIBUCIONES E INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA.
- VIII. ¿ES LA RESIDENCIA EFECTIVA CONDICIÓN PARA PERCIBIR LA INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA?.

I. INTRODUCCIÓN

La indemnización por residencia (en adelante, IR) es una cantidad de dinero que perciben los empleados públicos que están destinados en determinados ámbitos geográficos del Estado español. El que la IR no sea un concepto retributivo como tal, ni tampoco, aunque pudiera parecer otra cosa, una indemnización por razón del servicio, desde un punto de vista técnico plantea una problemática conceptual y práctica a la que vamos a dedicar este trabajo.

Estudiaremos primero, sin ánimo alguno de exhaustividad, las normas que han venido regulando la IR; en segundo lugar, intentaremos

acotar, desde una perspectiva conceptual, esa cantidad dineraria que perciben ciertos empleados públicos. Después nos meteremos ya en la problemática específica que plantea la IR desde un punto de vista práctico, examinando estas cuestiones: ¿se debe seguir percibiendo en el caso de incapacidad temporal (IT) del funcionario?; ¿cómo afecta el nuevo régimen retributivo de la IT a la IR?; en el caso de suspensión de funciones, ¿se sigue percibiendo?; la reducción de jornada con deducción proporcional de retribuciones, ¿afecta en algo a la IR?; si el funcionario, aún sin haber cambiado de puesto de trabajo, no reside efectivamente en el territorio donde esta radicado, ¿debe seguir percibiendo la IR?

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Acabamos de decir que, en el ámbito de la AGE, la IR es una cantidad de dinero que mensualmente perciben los empleados públicos que están destinados en determinados ámbitos geográficos del Estado español. Partiendo de esa constatación fáctica, hay que indicar que esa cantidad dineraria no está contemplada en las normas de carácter general reguladoras de la función pública. En efecto, no está recogida en el Capítulo III del Título III de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), donde se señalan los derechos retributivos de los funcionarios, ni tampoco en los arts. 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), en los que se definen los conceptos retributivos y la determinación de su cuantía (1).

Para intentar definir la IR podemos acudir, como norma más o menos reciente, a lo contemplado en el Real Decreto-Ley 11/2006, de 29 de diciembre, por el que se autoriza la actualización de las cuantías de la indemnización por residencia del personal en activo del sector público estatal de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y en las ciudades de Ceuta y Melilla (en adelante RDL 11/2006). En ella se nos dice que la IR es una *retribución complementaria de carácter compensatorio y no retributivo*, con una larga tradición en la normativa de función pública de nuestro país y que encuentra su origen histórico en las especiales características, fundamentalmente geográficas, de algunos de nuestros territorios. Este complemento histórico que percibe el personal destinado en determinados territorios y que consolidó su carácter compensatorio, tiene por objeto resarcir a los funcionarios públicos de los gastos que se vean precisados a realizar, en razón del servicio o por su residencia, en aquellos lugares del territorio nacional que se establezca por el Gobierno.

Aunque en el RDL 11/2006 se alude a la IR como una retribución complementaria (para decir inmediatamente después que no tiene carácter retributivo), ya sabemos que no está definida como tal ni en el EBEP ni en la LMRFP. Por lo tanto, podemos definir la IR como una *compensación de carácter económico a la que tienen derecho los empleados públicos que desempeñen un puesto de trabajo radicado en determinadas zonas geográficas del territorio nacional*. (2)

(1) No es óbice de lo que acabamos de afirmar el que tanto en el EBEP (art. 28) como en la LMRFP (art. 23.4) se diga que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio porque esas indemnizaciones son las compensaciones económicas a percibir por los empleados públicos como resarcimiento, bien por la prestación de cometidos ajenos a las funciones propias de su puesto de trabajo o bien por el ejercicio de las que sí lo son bajo determinadas condiciones o circunstancias. Están reguladas específicamente RD 462/2002, de 24 de mayo, de indemnizaciones por razón del servicio y no tienen en principio nada que ver con la IR. Ya que hablamos de las indemnizaciones por razón del servicio, es conveniente que digamos que su percepción es compatible con la IR, tal y como sostenemos y se ha reconocido en sede jurisdiccional; al respecto y por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Cataluña de 12 de marzo 2010.

(2) Hablamos de compensación y no de indemnización para evitar toda confusión con las indemnizaciones por razón del servicio reseñadas en la nota anterior.

La razón de ser de la IR es la residencia en determinados lugares del territorio nacional porque se entiende que, por sus características (lejanía, vivienda, dificultades de transporte, nivel de vida, etc.), el destino en los mismos es económicamente más gravoso para el empleado público.

Podemos concluir de esta delimitación conceptual que, en principio al menos, a la IR no le serán de aplicación normas que tienen por objeto o que focalizan su atención en los conceptos retributivos en sentido estricto, por causa de que legalmente no está definida como tal.

III. ALGUNAS NORMAS REGULADORAS

En cuanto a las normas reguladoras de la IR podemos citar, como antecedente, la disposición final octava de la Ley 31/1965, de 4 de mayo que autorizó «al Gobierno para que a propuesta del Ministro de Hacienda regule, modifique, suprima o acomode al régimen establecido por esta Ley las *asignaciones por residencia* de los funcionarios civiles del Estado dentro del régimen general de indemnizaciones [la cursiva es nuestra]». Posteriormente, haciendo uso de aquella autorización, el Decreto 361/1971, de 18 de febrero (en adelante D 361/1971), tuvo en cuenta que subsistían en ciertos lugares determinadas condiciones que aconsejaban indemnizar de un modo especial al personal en ellos destinado y, por este motivo, se consideró conveniente establecer la «indemnización por residencia» en lugar de la antigua «asignación de residencia».

Posteriormente, el RD 3393/1981, de 29 de diciembre, sobre indemnizaciones por residencia, completó el art. 5 del D 361/1971; con anterioridad, sus arts. 2º y 3º (relativos a las zonas geográficas y lugares donde el destino funcional daba derecho a la percepción de la IR), fueron modificados por el RD 1536/1976, de 21 de mayo y por el D 2568/1975, de 9 de octubre.

En consideración a las tesis que se van a mantener en este trabajo, es importante indicar que la indemnización por residencia, a tenor de lo previsto en el art. 1 D 361/1971 se percibiría, además de por otros colectivos, por los funcionarios civiles del Estado que «*residan permanentemente* por razón de destino en aquellos lugares del territorio nacional que se indican [la cursiva es nuestra].»

También es importante reseñar, a los mismos efectos, que el art. 6 D 361/1971 estipula: «El personal que tenga reducido su sueldo por reducciones o equivalencias de jornada, *percibirá la indemnización por residencia disminuida en la misma proporción* [la cursiva vuelve a ser nuestra].»

Las cuantías de la indemnización por residencia han venido siendo determinadas por diferentes normas. Podemos mencionar al respecto la Orden del Ministro de Relaciones con las Cortes y de la Secretaria del Gobierno de 29 de diciembre de 1992, con modificaciones por los Acuerdos del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2000, 21 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2004. Hay que mencionar también el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 abril de 2007, que dio cumplimiento a lo dispuesto por el RDL 11/2006 (3).

(3) Actualmente, el importe mensual de la IR varía en función del lugar; al respecto, es diferente según se resida en «Ceuta y Melilla», «Gran Canaria y Tenerife», «Otras islas del Archipiélago Canario», «Mallorca», «Otras islas del Archipiélago Balear» y «Valle de Arán». Los importes fijados, además, en los casos de Ceuta, Melilla e Islas del Archipiélago Canario (excepto Tenerife y Gran Canaria) experimentarán determinados incrementos mensuales por trienio reconocido.

IV. ¿SE DEBE CONTINUAR PERCIBIENDO LA INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA EN EL CASO DE INCAPACIDAD TEMPORAL DEL EMPLEADO PÚBLICO?

Sin perjuicio de lo que después aclararemos sobre el nuevo régimen retributivo de la IT, adelantamos que la respuesta a esa pregunta es positiva: *si, se debe seguir percibiendo*.

Repasemos un momento el régimen retributivo de la función pública durante la situación de IT porque ello nos va a dar la clave argumental que justifica la respuesta positiva que acabamos de dar. Bien, teniendo en cuenta que los empleados públicos pueden estar encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) o en el Régimen Especial de los funcionarios (RE), debemos diferenciar (4):

1º) Complementos a percibir por el personal funcionario y laboral adscrito al RGSS. Son los siguientes:

a) Durante los tres primeros días de situación de IT. Se podrá reconocer —y en el caso de la Administración del Estado así se ha estipulado que se reconocerá— un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el 50 % de las retribuciones que se viniesen percibiendo en el mes anterior al de la aparición de la IT.

b) Desde el cuarto día hasta el vigésimo de situación de IT, ambos inclusive. El complemento retributivo que se pueda sumar —y en el caso de la Administración del Estado así se ha estipulado que se sumará— a la prestación económica de Seguridad Social reconocida, deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el 75 % de las retribuciones que viniesen correspondiendo al empleado público en el mes anterior al de aparición de la IT.

c) A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podrá reconocerse —y en el caso de la Administración del Estado así se ha estipulado que se reconocerá— la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, y de las retribuciones complementarias.

2º) Retribuciones a percibir por los funcionarios adscritos al RE.

Durante el periodo de IT previo al momento a partir del cual los funcionarios tienen derecho a percibir el abono de subsidio de IT a cargo de la Mutualidad que corresponda, percibirán sus retribuciones en los siguientes porcentajes:

a) Durante los tres primeros días de situación de IT, el 50%.

b) Desde el cuarto día hasta el vigésimo de situación de IT, el 75%.

c) A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, el 100%.

En el caso de los funcionarios adscritos al RE, desde el cuarto mes percibirán (5):

– Las retribuciones básicas y, en su caso, la prestación por hijo a cargo.

(4) Además del personal en régimen de contratación laboral, que, naturalmente, siempre ha estado encuadrado en el RGSS, en el ámbito de la AGE se ha procedido a incluir en el mismo a los funcionarios públicos y a otro personal de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011 (art. 20. Uno del RDL 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo).

(5) Art. 21 del RDLeg. 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (LSSFCE).

– Un subsidio por incapacidad temporal a cargo de MUFACE, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

- El 80 % de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.
- El 75 % de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.

– Con respecto a lo anterior, es necesario advertir también que:

• En ningún caso la suma resultante de las cantidades a cargo del órgano para el que presta sus funciones el mutualista y la del subsidio podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el tercer mes de licencia.

• El derecho al subsidio económico por IT, cualquiera que sea la situación que haya dado lugar al mismo, se entenderá, en todo caso, extinguido por el transcurso del plazo máximo de duración, incluido el de prórroga de efectos, desde la fecha en que se haya iniciado la situación de incapacidad temporal establecido en el Régimen General de Seguridad Social.

Observando todo ese régimen retributivo, resulta que el mismo gira en torno a las retribuciones básicas y complementarias, tal y como están definidas legalmente. (6) Conforme a lo que hemos dicho, si, *primero*, la IR no tiene naturaleza retributiva (ni en el nivel de retribución básica ni en el de complementaria); si, *segundo*, no hay norma que excluya su pago durante la situación de IT; y, finalmente, si, *tercero*, su percepción está anudada legalmente a la residencia en determinadas áreas geográficas, habremos de concluir que el empleado público debe seguir percibiendo la IR durante la situación de IT, antes y después de que se cumplan los tres primeros meses en tal situación (7). Recurriendo a una expresión coloquial, la situación de IT y la IR tienen vidas administrativas separadas e independientes, si bien pueden llegar a confluir en algún caso, como veremos en el último apartado de este trabajo.

V. EL NUEVO RÉGIMEN RETRIBUTIVO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA

Es conocido que el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (RDL 20/2012), entre otras importantes modificaciones en materia de función pública, trajo una reforma del régimen retributivo de la situación de IT, que hemos tratado con cierto detalle en otro trabajo y apuntado en el apartado anterior (8), motivo por el cual vamos a exponer sólo el extremo relativo a la posible conexión entre ese novedoso -y restrictivo- régimen retributivo y la IT.

A las disposiciones del RDL 20/2012, por lo que se refiere a la AGE, le dio cumplimiento operativo la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, de 15 de octubre de 2012 (en adelante, Instrucción 15 de octubre de 2012).

(6) Vid., al respecto, el apartado 2 de este trabajo.

(7) Este criterio también es el mantenido por la Dirección General de la Función Pública; vid., al respecto, Boletín de Consultas en Materia de Recursos Humanos, nº de documento C25/8_3.

(8) Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E., «El nuevo tratamiento retributivo de la incapacidad temporal en la función pública», *Actualidad Administrativa*, n.º 10, octubre de 2013, págs. 1290 y ss.

En el apartado 4.1 de la Instrucción 15 de octubre de 2012, se dispone que «para el cálculo, según proceda, de los complementos y retribuciones a percibir durante los periodos de incapacidad temporal e independientemente del régimen de seguridad social que corresponda, se tendrán en cuenta las retribuciones fijas e invariables correspondientes al mes inmediato anterior a la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal, sin computar, por ello, las retribuciones no fijas o variables tales como incentivos al rendimiento o de naturaleza análoga. Respecto a la percepción de retribuciones variables, se estará a lo dispuesto en la normativa interna reguladora del abono de las mismas, con arreglo a su naturaleza».

Si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente con respecto a la naturaleza no retributiva sino compensatoria de la IR, su montante económico no debe ser comprendido entre las retribuciones fijas e invariables, ni, en consecuencia, ser tenido en cuenta para calcular los complementos y retribuciones a percibir en situación de IT. Por lo tanto, y es el criterio también mantenido tanto por la Dirección General de la Función Pública y por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, la situación de IT no modifica en ningún sentido el régimen aplicable al devengo, abono y determinación de la IR; por lo tanto, el empleado público en situación de IT la seguirá percibiendo. Volviendo a la expresión coloquial que antes hemos empleado la IT y la IR, también con respecto al nuevo régimen retributivo de la primera con referencia a los descuentos que realiza, mantienen vidas administrativas separadas e independientes.

VI. SUSPENSIÓN DE FUNCIONES E INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA

Porque los planteamientos van a ser distintos, debemos diferenciar la situación de suspensión provisional de la definitiva.

1. Suspensión provisional

El párrafo 3º del art. 98.3 EBEP estipula que: «El funcionario suspenso provisional tendrá derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo». ¿Percibirá o no la IR?

Pensamos que si, y así lo creemos porque no hay ninguna norma que prive de su percepción durante la situación de suspensión provisional de funciones, siempre, claro está, que mantenga su residencia en el ámbito geográfico donde radica el puesto de trabajo para cuyo desempeño ha sido provisionalmente suspendido. Cuestión distinta es que el empleado público deje de residir allí, tal y como abordaremos en el último apartado de este comentario, al que volvemos a remitirnos. No es óbice para mantener este punto de vista el que el art. 98.3 EBEP no incluya la IR entre las retribuciones que debe percibir el suspenso *y no lo es por la sencilla razón que no podría decir nunca que se perciba una compensación que no contempla, tal y como ya hemos visto, entre los derechos económicos de los funcionarios.*

Si, desde una perspectiva normativa formal, no hay norma que determine la privación de la IR durante la suspensión provisional, desde un punto de vista material, que atienda al espíritu y finalidad de la indemnización, no se aprecia que exista causa ni motivo alguno para dejar de abonarlo: el funcionario sigue residiendo en un ámbito geográfico que conlleva unas condiciones económicas más gravosas, en virtud de las cuales se le paga la IR. Por otro lado, el tratarse la suspensión de una medida cautelar limitativa en la que, por definición, deben respetarse al máximo los derechos del funcionario en todo lo que no sea asegurar la eficacia de la resolución

sancionadora que en su día pudiera recaer, es otro argumento más para manifestarse en contra de suspender el percibo de la IR.

Frente a esta opinión, cabría oponer que el funcionario suspenso provisional ni siquiera está en situación de servicio activo, que no desempeña de hecho su puesto de trabajo y que, en consecuencia, no tendría necesariamente que residir en el perímetro geográfico donde está radicado aquél. Es cierto, pero no lo es menos que con la suspensión provisional de lo que estamos hablando es una medida cautelar, preventiva, en cuya aplicación, insistimos, hay que limitar al mínimo los perjuicios al empleado que no ha visto declarada todavía su responsabilidad disciplinaria. Sentado que la IR se percibe por el gravamen económico que conlleva la residencia en ciertas zonas de la geografía española, esa carga se sigue afrontando en la situación de suspensión provisional, siempre y cuando, claro está, se siga residiendo en aquellas zonas porque si no se hace, tal y como postularemos en el último apartado, la IR debe dejarse de percibir.

2. Suspensión definitiva

La respuesta cambia de forma radical cuando se trata de la suspensión definitiva y, al respecto, no hay más que leer el contenido del art. 90.1 EBEP: «El funcionario declarado en la situación de suspensión quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a la condición. La suspensión determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses».

Fin de la cita normativa y, con él, pensamos que sobran excesivos comentarios; en la situación de suspensión definitiva de funciones el funcionario está privado *de todos sus derechos* y no cabe duda alguna que, a pesar de no ser un concepto retributivo, la IR *sí es un derecho de carácter económico que se concreta en la percepción de una cantidad dineraria*.

VII. REDUCCIONES DE JORNADA CON DEDUCCIÓN PROPORCIONAL DE RETRIBUCIONES E INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA

Por ir a un caso concreto, recogemos que el párrafo primero del art. 48 h) EBEP dice que: «Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda».

Si aplicásemos la tesis que hemos venido manteniendo hasta el momento, al escapar la IR del tratamiento que la normativa de aplicación dispensa a los conceptos retributivos en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias –tal y como acabamos de ver, por ejemplo, en el caso del nuevo tratamiento remunerativo de la IT o en el supuesto de suspensión provisional de funciones–, la respuesta sería que la disminución de retribuciones proporcional a la realización de una jornada reducida no sería aplicable a la IR puesto que no se trata de una retribución. Ahora bien, esa no es la respuesta correcta porque hete aquí que el D 361/1971, normativa vigente a pesar de su antigüedad, contiene una previsión sobre el particular que ya hemos mencionado y ahora reiteramos. Se trata de su art. 6 que dice: «El personal que tenga reducido su sueldo por reducciones o equivalencias de jornada, percibirá la indemnización por residencia disminuida en la misma proporción».

Puesto que hay una norma específica vigente de aplicación directa al caso que se plantea, debe aplicarse esta.

VIII. ¿ES LA RESIDENCIA EFECTIVA CONDICIÓN PARA PERCIBIR LA INDEMNIZACIÓN POR RESIDENCIA?

En principio, que el personal funcionario desempeñe, bien en términos de titularidad o bien por otra forma de provisión (9), un puesto de trabajo radicado en los ámbitos territoriales señalados es condición suficiente para que tenga derecho a que se le acrediten en nómina las cantidades correspondientes a la IR. La afirmación que acabamos de hacer en el sentido de equiparar la titularidad de un puesto con su desempeño por otra forma de provisión —por ejemplo, en comisión de servicios—, tiene su apoyatura legal en el art. 5 D 361/1971, cuyo texto completó, como ya hemos advertido, el RD 3393/1981, de 29 de diciembre, con este apartado: «*Con independencia del destino que tenga asignado y a los solos efectos de lo previsto en el presente Decreto, se entenderá que el funcionario reside permanentemente en los lugares geográficos a que se refieren los artículos segundo y tercero, cuando de hecho preste servicio en los mismos* interrumpidamente por tiempo superior a un mes, única circunstancia que dará derecho a la percepción de la indemnización por residencia [la cursiva es nuestra]». El tema está claro, un funcionario titular de un puesto de trabajo determinado —destino que tiene asignado— puede desempeñar otro en el ámbito territorial que da derecho al percibo de la IR —prestando, de hecho, servicio en el mismo—.

Ahora bien, ¿tendría el mismo derecho si a la Administración le consta que no está efectivamente residiendo en aquéllas zonas geográficas? Al plantear esta pregunta no nos estamos refiriendo, obviamente, a los supuestos, digamos, normales de ausencia en el devenir administrativo funcional —por ejemplo, el caso de vacaciones y permisos—. No, nos referimos más bien a casos en los que, por circunstancias sobrevenidas, el funcionario, sin cambiar de puesto de trabajo, no lo desempeña *de facto* y a la Administración le consta que no reside en el perímetro geográfico correspondiente. Ejemplo paradigmático de lo que decimos es una situación de IT o de suspensión provisional de funciones. En estos casos, el funcionario, aún sin cambiar de puesto de trabajo, no lo desempeña y puede suceder que esa justificada falta de ejercicio del cargo le haya llevado a trasladar su residencia a un lugar distinto. ¿Qué sucede en estos casos?

Es nuestra opinión, sucede que si a la Administración le consta —y se puede documentalmente acreditar, claro— que el empleado público no reside en el ámbito geográfico al que está vinculado el derecho al percibo de la IR, no hay razón para seguirla justificando en nómina, es decir, no tiene derecho a percibirla. Los argumentos que sostienen esta posición son los que a continuación exponemos.

En primer lugar, desde una perspectiva, formal, normativa, el art. 1 D 361/1971, estipula que la IR «se percibirá por los funcionarios civiles del Estado [...] que, percibiendo sueldos con cargo a presupuestos, residan *permanentemente* por razón de destino en aquellos lugares del territorio nacional que se indican [la cursiva es nuestra]». «Permanentemente», según el DRAE, significa «con permanencia», y «permanencia», también a tenor del DRAE y en las acepciones

(9) Por ejemplo, la comisión de servicios contemplada en el art. 64 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo (en adelante, RGIPPP).

que nos interesan, significa: «Duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad»; «Estancia en un lugar o sitio». Si interpretamos el «permanentemente» del art. 1 del D 361/1971, según el sentido propio de la palabra, cualquiera de los dos significados atribuidos a «permanencia» nos lleva a pensar que si el funcionario no reside con esa cualidad en el territorio no debe percibir la IR.

En segundo lugar, desde un punto de vista material, hay que traer a colación la *ratio essendi* de la IR y que, no es otra, como venimos diciendo, que lo económicamente gravoso que puede resultar para un funcionario público tener su destino y, en consecuencia, residir, en determinados lugares del territorio del Estado. Si no hay residencia efectiva en ese lugar, el gravamen económico ligado a la misma ha dejado de existir y si ese gravamen ha desaparecido la indemnización que tiende a compensarlo no debe subsistir. En sentido contrario, es también el fundamento o razón de ser de la IR lo que está detrás del hecho de que no se le dé el mismo tratamiento que a los conceptos retributivos en determinados casos; volvemos a poner el ejemplo del nuevo régimen retributivo restrictivo de la situación de IT.

No podemos olvidar que el art. 3.1 del Código Civil dice que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». No cabe duda que el espíritu y finalidad de la IR, su razón de ser, *no existe si el funcionario no reside donde la norma tienen en cuenta que lo hace para indemnizarle*.

Finalmente, remarcamos algo que hemos dicho. Para, eventualmente, acordar la suspensión del pago de la indemnización por falta de residencia permanente, tiene que existir una acreditación documental que demuestre que el funcionario no reside de forma permanente en la zona geográfica establecida para que tenga derecho a la IR. Ejemplos de aquella acreditación pueden ser, por ejemplo, que presente partes de baja firmados por un facultativo que no sea del ámbito geográfico; en el caso de IT prolongada y si se propone la jubilación por incapacidad, que el dictamen haya sido evacuado por un Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) radicado también en otro ámbito territorial; que, en el caso de suspensión provisional, el propio funcionario haya designado como domicilio para recibir las notificaciones propias del expediente disciplinario uno radicado en otro territorio, etc.

La contratación pública en materia de eficiencia energética. Un análisis de sus tipologías a la luz del TRLCSP, con especial referencia a la Administración Local

Por Fernando García Rubio

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad Rey Juan Carlos). Titular de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes

La entrada en vigor de la directiva 2012/27/ UE, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética, ha supuesto en el marco del Plan 2020 de la Unión Europea, la necesidad de que tanto el sector privado como el sector público adapten sus consumos a los principios de eficiencia energética.

SUMARIO

- I. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA COMO PRESUPUESTO DE LA CONTRATACIÓN.
- II. ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA.
 1. Características previas.
 2. Objeto y contenido de los contratos de servicios energéticos.
 3. La necesidad de su contratación.
- III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE ESTOS CONTRATOS.
 1. Tipologías contractuales del sector público.
 2. Ubicación de los contratos energéticos.
- IV. EL MODELO DE CONTRATO MIXTO.
 1. Planteamiento general.
 2. El contrato administrativo de suministros. Caracterización.
 3. Los suministros energéticos.
 4. La modalidad de los contratos de servicios.
- V. CONTRATOS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA .
 1. Características y aplicabilidad a los contratos de servicios energéticos.
 2. La problemática del cómputo o no como déficit de los contratos de servicios energéticos. Posibles cláusulas para evitar su computación.
 3. Recapitulación.
- VI. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA COMO SERVICIO PÚBLICO.

1. Caracterización general.
2. Diferenciación de los contratos de servicios y posibilidad legal del uso de la modalidad de gestión de servicios públicos.
3. Modalidades del contrato de gestión de servicio público de eficiencia energética.

VII. OTRAS POSIBILIDADES Y MODELOS ATÍPICOS.

1. Contrato administrativo especial.
2. Concesión demanial.
3. Contrato privado.

VIII. CONCLUSIONES.

I. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA COMO PRESUPUESTO DE LA CONTRATACIÓN

La eficiencia energética entendida como las medidas necesarias para reducir el consumo de energía eléctrica, que según la Directiva 2009/72 CE, sobre normas comunes para el Mercado Interior de la electricidad, es «un planteamiento de carácter global o integrado, que tiene por objeto influir el volumen y los periodos de consumo de la electricidad a fin de reducir el consumo de energía primaria y las puntas de cargas, concediendo prioridad a las inversiones en medida que fomente la eficacia energética u otras medidas respecto a las inversiones destinadas a aumentar la capacidad de producción, siempre que las primarias constituyan la opción mas eficaz económica habida cuenta de la repercusión positiva en el medio ambiente de menor consumo energético», tal y como ha indicado Linares Llamas (1), es uno de los objetivos que planteados desde la Unión Europea en su momento, la necesidad de ahorro que la crisis produce, hace hoy día que sea un objetivo imprescindible de toda administración pública.

Obviamente, como toda actividad organizada en un estado de derecho, estas actuaciones tienen su régimen jurídico (2).

Estas actuaciones se encuentran en relación con las edificaciones, y por tanto las edificaciones públicas de todo tipo, reguladas con la Directiva 1031/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, sobre eficiencia energética de los edificios con obligación desde el 1 de febrero del año de 2012.

A la vista de la importancia de esta materia en el contexto de grave crisis económica actual y de los mediocres resultados derivados de esta normativa, la Comisión adoptó un nuevo Plan de Eficiencia energética en marzo de 2011 (3), en el que se establecían medidas para conseguir nuevos ahorros en el abastecimiento y el uso de la energía.

La nueva Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las anteriores directivas, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, que desarrolló la propuesta

(1) LINARES LLAMAS, P., «Eficiencia y energética y medio ambiente», *Revista de Economía*, 847, (2009), pág. 7522.

(2) Al respecto GONZÁLEZ RÍOS, I., «Régimen jurídico de la eficiencia y el ahorro energético», *Revista Jurídica de Navarra*, 50, Julio-Diciembre de 2010.

(3) Dicho plan puede consultarse en la COM (2011), 109 final.

tramitada (4), convierte algunos aspectos del Plan en medidas vinculantes y derogó las Directivas anteriormente vigentes sobre eficiencia del uso final de la energía y servicios energéticos (2006) y sobre la producción combinada de calor y electricidad (2004).

El texto de esta nueva Directiva permite representar el protagonismo que las medidas de ahorro y, particularmente, el de determinados ámbitos socioeconómicos, van a cobrar a partir de su entrada en vigor. Refuerza y precisa las obligaciones en materia de eficiencia energética separadamente para el Sector Público y el Sector Privado, siendo en este trabajo los aspectos sobre el sector público los que nos interesan.

Hay que señalar que estas obligaciones se han ido matizando, a la baja, durante el proceso de tramitación de la Directiva, tanto por lo que se refiere a la cuantificación de los objetivos de ahorro como a los plazos y cronogramas para su consecución.

En lo que nos afecta esta nueva disposición europea establece que los Estados miembros deberán transponer en un año y medio y exige a los gobiernos nacionales renovar cada año el 3% de la superficie total de «los edificios con calefacción y/o sistema de refrigeración que tenga en propiedad y ocupe su administración central».

Esta medida se aplicará a los edificios con una superficie útil de más de 500 metros cuadrados y, a partir de julio de 2015, a los de más de 250 metros cuadrados. Los Estados miembros también podrán recurrir a métodos alternativos para lograr un ahorro energético equivalente.

Ahora bien, estas determinaciones, como toda directiva comunitaria, requieren de una normativa nacional de transposición, que en buena medida en nuestro sistema jurídico descentralizado corresponde a las CCAA y al Estado.

En ese sentido debemos recordar que la Ley de Ordenación de Edificación 38/1999, de 5 de noviembre (5) y en su desarrollo el art. 31 C3 del Código Técnico de la Edificación, aprobado por RD 314/2006 de 17 de marzo y modificado por el RD 276/2010, de 19 de febrero, en lo referente a esta materia, establecen toda una serie de obligaciones con respecto a los edificios de nueva construcción.

Igualmente debe indicarse la existencia del Reglamento de Instalaciones térmicas en los edificios, aprobado por RD 1027/2007, de 20 de julio y el RD 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprobó el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios, sustituido por el RD 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

Es bastante reseñable, pese a su naturaleza deslavazada y excesivamente omnicompreensiva, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que en su art. 83 regulaba las certificaciones.

Además de la normativa citada debemos destacar en la línea de la potenciación de estas políticas que, de manera adicional, el Ministerio de Fomento tiene, tal y como destaca Rosado

- (4) Propuesta contenida en la COM (2011) 780, cuyo contenido, aprobado en primera lectura por el Parlamento Europeo el 11 de septiembre de 2012 (A7-0265/2012), se recoge en la nueva Directiva 2012/27/UE, del parlamento europeo y del consejo, de 25 de octubre de 2012, publicada en el DOUE, de 14 de noviembre de 2012.
- (5) Sobre dicha Ley puede consultarse la obra colectiva coordinada por P. SALA SÁNCHEZ, *Derecho de la edificación*, Bosch, Barcelona 2001.

Pacheco (6) líneas de subvenciones destinadas a la rehabilitación de edificios y viviendas y a favorecer la promoción de obra nueva con alta eficiencia energética en promociones de vivienda protegida. Estas subvenciones se enmarcan en el *Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012* (PEVR), al que se preveían dedicar recursos por importe de 1.082 millones de euros. Dentro de este plan, existe un programa de «ayudas RENOVE a la rehabilitación y eficiencia energética».

Finalmente debemos destacar la obligación de certificación energética, tanto para edificios públicos como privados, recogida por el RD 235/213, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, el cual hace obsoleto de por sí al Plan auspiciado desde el Ministerio de Industria aprobado por el consejo de ministros de 11 de diciembre de 2009, que fue publicado por la Resolución de la Secretaría de Estado de Energía de 14 de enero de 2010,

Junto a esta legislación europea y estatal debemos señalar las diversas normativas autonómicas especialmente las Leyes de Andalucía, Castilla La Mancha y Castilla y León (7), pero junto a esas Leyes debemos destacar una normativa reglamentaria generalizada (8).

Por otra parte en uso de las competencias de protección ambiental otorgadas por los arts. 25 y 26.d) para los municipios de más de 50.000 habitantes, así como la potestad reglamentaria del art. 4, todos ellos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, buena cantidad de municipios han hecho uso de sus capacidades para aprobar ordenanzas en materia de eficiencia energética (9).

Cabe destacar a la vista de estas normas tanto europeas como estatales, autonómicas y locales, que por lo tanto nos encontramos un marco general de implantación de la eficiencia energética.

Esta normativa es aplicable a todas las edificaciones, tanto públicas como privadas y por tanto genera la obligación para las Entidades Públicas de adecuarse a ellas y por tanto iniciar un

- (6) ROSADO PACHECO, S., El procedimiento de certificación de la eficiencia energética de los edificios (Referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía), en esta misma obra.
- (7) Una reseña de la diversa legislación de las CC.AA. en materia de eficiencia energética la tenemos en I. GONZÁLEZ RÍOS, *Régimen jurídico de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 273 y ss.
- (8) Así en Andalucía, Orden de 25 junio de 2008 por la que se crea el Registro Electrónico de Certificados de eficiencia energética de edificios de nueva construcción y se regula su organización y funcionamiento; en Castilla-La Mancha, Decreto 6/2011, de 1 de febrero, por el que se regulan las actuaciones en materia de certificación energética de edificios y se crea el Registro Autonómico de Certificados de Eficiencia Energética de Edificios y Entidades de Verificación de la Conformidad; en Castilla y León, Decreto 55/2011, de 15 de septiembre, por el que se regula el procedimiento para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción (modificado por el Decreto 9/2013, de 28 de febrero); en Canarias, Decreto 26/2009, de 3 de marzo, por el que se regula el procedimiento de visado del Certificado de Eficiencia Energética de Edificios y se crea el correspondiente Registro; en Extremadura, Decreto 136/2009, de 12 de junio, por el que se regula la certificación de eficiencia energética de edificios en la Comunidad Autónoma de Extremadura; en Galicia, Decreto 42/2009, de 21 de enero, por el que se regula la certificación energética de edificios de nueva construcción en la Comunidad Autónoma de Galicia y la Orden de 3 de septiembre de 2009 por la que se desarrolla el procedimiento, la organización y el funcionamiento del Registro de Certificados; en la Comunidad foral de Navarra, Orden foral 7/2010, de 21 de enero, por la que se regula el Registro administrativo de certificados de eficiencia energética de edificios de nueva construcción; en la Comunidad Valenciana, Decreto 112/2009, de 31 de julio, del Consell, por el que regula las actuaciones en materia de certificación de eficiencia energética de edificios; o en el País Vasco, Decreto 240/2011, de 22 de noviembre, por el que se regula la certificación de la eficiencia energética de los edificios de nueva construcción.
- (9) Así debe recogerse en el ámbito local las normas de ahorro energético, donde podemos citar el Reglamento de Valladolid sobre la incorporación de sistemas de captación y aprovechamiento de energía solar térmica en los edificios (BOP de 15 de febrero de 2005), la Ordenanza de captación solar del municipio de Murcia (BORM de 29 de septiembre de 2008 y modificada en el de 14 de mayo de 2009 y Madrid con su Ordenanza sobre captación de energía solar para usos térmicos (disponible en Madrid.es), aunque la que mayor incidencia tiene en esta materia concreta es la de Rivas-Vaciamadrid, de 28 de octubre de 2010).

proceso para realizar las actuaciones necesarias para la contratación de dichas actuaciones de eficiencia energética.

De hecho, tal y como destaca Gonzalez Ríos (10), las Administraciones tienen un papel ejemplar en cuanto al ahorro y la eficiencia energética, así junto al papel regulador en la materia, debe adicionarse sus funciones de fomento e importante consumidor.

En esa línea dichas determinaciones pueden ejecutarse por las diferentes AA. PP. (poco probable en el panorama presupuestario y de reducción de costes actual) o mediante un empresario de servicios energéticos.

La novedad de este tipo de contratos en los cuales las diferentes Administraciones públicas encargan a un tercero, una empresa de gestión de servicios energéticos, la realización de una serie de actividades y prestaciones por las cuales se encargan ellas de la prestación de las obras y servicios necesarios para que se proceda al suministro de energía eléctrica a las edificaciones que la Administración correspondiente considere durante un periodo fijo, realizando las inversiones necesarias para producir el correspondiente ahorro energético del cual se nutrirá el beneficio de la empresa prestadora de servicios, correspondiéndole igualmente a ésta la garantía total de las instalaciones y el mantenimiento de éstas con su reposición en caso de deterioro, hace que en el marco actual de grave crisis económica y de gran dependencia energética en especial del Reino de España, sea necesario profundizar en las tipologías contractuales correspondientes en el ámbito de aplicación de estas contrataciones.

II. ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

1. Características previas

Así en primer lugar debemos destacar que, al tener uno de los dos contratantes la naturaleza subjetiva de ente integrante del sector público, no sólo de Administraciones Públicas, sino de ente integrante del sector público en las terminologías previstas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y en las diversas plasmaciones en las diferentes legislaciones nacionales, y en lo que a nosotros nos afecta por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (11), estas actuaciones en buena medida deben de tener en cuenta, en mayor o menor medida, depende del Ente público ante el que nos encontremos, las determinaciones y principios del TRLCSP.

Debemos de considerar la aplicabilidad total o parcial, como más adelante veremos, de las tipologías contractuales previstas en dicha legislación que modularán la implantación de estos servicios de eficiencia y gestión energética, frente al principio de libertad de formas y contratación con los medios y fórmulas que consideren más adecuados cuando se produzca entre entes de absoluta naturaleza privada, en los términos de la libertad de contratación prevista en nuestro derecho civil y mercantil.

Teniendo en cuenta esa previa circunstancia, debemos destacar, que con carácter de modelo de referencia y solo con dicha circunstancia, puesto que cada una de las administraciones en

(10) I. GONZÁLEZ RÍOS, Régimen jurídico de las energías ..., op. cit., pág. 275.

(11) Un estudio sistemático de dicha Ley lo tenemos en CASTRO ABELLA, F. (coord.), *Contratación del sector público local*, 3.ª ed., Wolters Kluwer-El Consultor, Madrid, 2013.

virtud de su autonomía garantizada para cada una en la Constitución española de 1978, pueden articular sus fórmulas dentro del marco legal básico establecido por el TRLCSP, lo cierto es que el Instituto de Diversificación y Ahorro energético dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ha elaborado unos pliegos de cláusulas administrativas particulares para la prestación de suministros de energía y gestión energética en edificios públicos (12).

Siendo dicho pliego un modelo que puede, como ya hemos dicho, seguirse, o no seguirse, pero que tiene una referencia lógica por el prestigio e incidencia sobre la Administración General del Estado de este modelo.

Así el citado pliego fue objeto de estudio e informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio, entonces de Economía y Hacienda, actualmente de Hacienda y Administraciones públicas, dándose una recomendación de dicha Junta de 23 de julio de 2009 (13) sobre el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares para la prestación del suministro de energía y gestión energética en edificios públicos.

Partiendo de dicho modelo de pliego y sin perjuicio de las consideraciones sobre la calificación jurídica de estos contratos, vamos a intentar analizar con carácter previo el objeto y contenido de estos contratos.

2. Objeto y contenido de los contratos de servicios energéticos

Así en primer lugar debemos destacar en cuanto al objeto el carácter de estos contratos y su vinculación a la gestión energética en virtud de una operación conjunta de suministro y gestión en relación con la prestación del suministro hacia el gasto; esto es, la gestión vinculada a una mayor eficiencia por el ahorro energético, circunstancia esta que recuérdese tiene ya una plasmación no sólo de política pública sino de deber vinculado al mandato del art. 135 del Texto Constitucional tras la reforma de septiembre de 2011 y a lo previsto en la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Así ese objeto implica el suministro propiamente de la energía, la gestión de esta en edificios públicos o en ámbitos en los cuales las diversas Administraciones tienen la obligación de prestar un servicio que implique gasto de energía, y así por ejemplo como más característico los viales públicos, ya sea carreteras o sobre todo vías de naturaleza urbana e igualmente el mantenimiento integral de todas las instalaciones necesarias para la prestación de todos esos servicios, ya sean luminarias, conmutadores, vías de suministro, cableado, etc, todo ello con garantía total de las citadas instalaciones que pueden ser de carácter térmico, eléctrico o de energías de carácter renovable no comunes, obviamente debe diferenciarse la iluminación interior de los edificios o como hemos señalado la iluminación exterior.

Por tanto esta tipología puede ser de un carácter amplio y total en relación con toda la capacidad de gasto energético de una administración pública, o puede reservarse parcialmente a unas edificaciones, o actividades parciales de cada una de estas administraciones públicas, circunstancia esta que incidirá como posteriormente veremos en la calificación jurídica del contrato.

(12) Los referidos pliegos, bajo la rúbrica de modelo de contrato de servicios energéticos en Edificios públicos se pueden conseguir en la <http://www.idae.es/index.php/relcategoria.1030/id.662/relmenu.357/mod.pags/mem.detalle>.

(13) El texto de la citada recomendación puede descargarse tanto en http://www.idae.es/edificios_publicos, como en la web del Ministerio de Hacienda y AA.PP., dirección general de patrimonio/Junta consultiva de contratación administrativa.

En cualquier caso debemos destacar que el modelo de contrato de servicios energéticos y mantenimiento de las administraciones públicas, elaborado por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (I.D.A.E.) en julio de 2007 (14), opta por una tipología concreta, aunque en el mismo se recoge la posibilidad de variaciones (15).

Así conforme a la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa anteriormente señalada, la gestión energética supone las actuaciones para el funcionamiento correcto de las instalaciones objeto del contrato, la gestión del suministro energético de combustibles y electricidad de toda la edificación, el control de calidad de esta, la cantidad y uso y garantías de aprovechamiento.

Un segundo ámbito de las prestaciones de los contratos de gestión energética, partiendo del modelo del IDAE, es el mantenimiento, que tiene un carácter fundamentalmente preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las correspondientes instalaciones con todos sus componentes, así como en igual término lograr la permanencia en el tiempo de su rendimiento y de todos sus componentes al valor inicial.

Como ya hemos indicado, estos contratos implican la garantía total, que sería un tercer elemento, que supone la reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones bajo dicha modalidad de garantía total.

Una cuarta prestación necesaria vinculada a estos contratos es la realización de obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía, lo que supone la ejecución y financiación de todas aquellas que se especificaran en los correspondientes pliegos de prescripciones técnicas que dieran cobertura y rigieran las licitaciones correspondientes.

Una última prestación integrante lógicamente del objeto del contrato siguiendo lo que ha fijado en su pliego tipo el Instituto de Diversificación y Ahorro Energético, son las inversiones de ahorro energético y energías renovables, esto es la realización y promoción de todas las actuaciones de mejora para la eficiencia energética, mediante la incorporación de equipos e instalaciones que fomenten el ahorro de energía como la eficiencia energética y la utilización de energías renovables y residuales tales como biomasa, energía solar, térmica, fotovoltaica, cogeneración, etc, siempre entendemos nosotros, que redunde en una eliminación del gasto y el consumo de energía para las correspondientes Administraciones Públicas, en tanto en cuanto el fomento general de las energías renovables, tan vigente en el momento en que se produjo la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de julio de 2009, hoy en día debe interpretarse en otro sentido, no sólo por lo ya señalado de la prevalencia de la reducción del gasto público por imperativo constitucional, sino por el hecho de que el Real Decreto Ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de

(14) Este modelo puede descargarse en la siguiente dirección:

<http://www.idae.es/index.php/re/menu/id.236/mod.publicaciones/mem.detalle>, modelo de cláusulas administrativas.

(15) En cualquier caso el propio documento sobre fundamentación jurídica de las opciones del IDEA recoge en su pág. 4 , punto nº 10, que:

«10. En cualquier caso sigue vigente la posibilidad de acudir a un Contrato Mixto de Suministro y Servicios, un Contrato de Concesión Administrativa o un Contrato Especial atípico. Los precitados modelos de contratos, al estar tipificados en la ley, se les aplica plenamente el régimen administrativo previsto en la LCSP, en el que todos ellos encuentran una regulación completa (art. 19 de la LCSP)».

energía renovables y residuos, establece la eliminación de las primas (16) y subvenciones por parte de la Administración General del Estado a dichas energías renovables, por lo que esas energías deben ser en si mismas rentables, esto es, menores al precio general de la tarifa correspondiente al suministro de energía.

Por tanto deberemos centrar el objeto del Contrato, el cual conforme al modelo IDAE puede tener las siguientes prestaciones:

a) Prestación P1. La gestión energética; gestión del suministro de combustibles y electricidad, control de calidad, cantidad y uso y garantías de aprovisionamiento. El desarrollo de esta prestación está en el art. 6.1 y 7.1 del pliego de cláusulas técnicas-tipo;

b) Prestación P2. Mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial. El desarrollo de esta prestación figura en el art. 6.2 del pliego de cláusulas técnicas-tipo;

c) Prestación P3. Reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones bajo la modalidad de Garantía Total. El desarrollo de esta prestación figura en el art. 6.3 del pliego de cláusulas técnicas-tipo;

d) Prestación P4. Realización y financiación de obras de mejora y renovación de las instalaciones, a propuesta de la Administración. El desarrollo de esta prestación figura en el art. 6.4 del pliego de cláusulas técnicas-tipo que se remite a un Anexo 3 cuyo contenido es *a priori* indeterminado;

e) Prestación P5. Promover la mejora de la eficiencia energética mediante la incorporación de equipos e instalaciones que fomenten el ahorro de energía, la eficiencia energética y la utilización de energías renovables y residuales, como biomasa, energía solar térmica, fotovoltaica, cogeneración, etc. Entre estas inversiones estarán las derivadas de las recomendaciones que establezca la Certificación Energética de Edificios o la Inspección periódica derivada de la Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo (vigente en el momento de la aprobación del modelo IDAE). Estas instalaciones serán estudiadas, propuestas, ejecutadas y financiadas por el adjudicatario mediante los ahorros o venta de energía renovable, conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato, y no tienen repercusión económica sobre el presupuesto de este contrato. Esta prestación no aparece desarrollada en el pliego de cláusulas técnicas tipo, tan sólo se establece un ejemplo de lo que puede ser este tipo de prestación tras dicho pliego tipo.

3. La necesidad de su contratación

Esas modalidades de prestación o contenido del objeto del contrato fijadas por el Instituto de Diversificación y Ahorro Energético, pero que señalamos pueden ser ampliadas en virtud de la voluntad de cada una de las Administraciones que vayan a recibir esa prestación del servicio general de gestión y eficiencia energética, suponen un punto de partida para la concepción del contrato y su calificación jurídica, que debe de modularse en relación con las actividades y gasto

(16) Al respecto de dicho Real Decreto-Ley es clarificador el trabajo de Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, «A propósito del Real Decreto-Ley nº 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía mediante fuentes de energía renovables», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, (2012), págs. 217-254.

energético que tengan cada una de las Administraciones que pretendan licitar, esto es su concepción dentro de un mayor o menor gasto, y su ubicación en una u otra tipología dentro de las diferentes modalidades admisibles.

Así en primer lugar debemos considerar con carácter previo la posibilidad de no licitar estas actuaciones y que esas actuaciones de eficiencia energética corran a cargo de la Administración titular de las edificaciones o instalaciones que realicen consumo energético, que pretendan ahorrar y limitar su gasto o asegurar un futuro estable de consumo energético permanente.

En ese sentido el marco del art. 135 de la Constitución y de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, dan lugar a una actuación mediante gestión directa con las inversiones correspondientes y suministros de equipamientos realizados a cargo de la Administración, que como en la mayor parte de los casos carecen de medios materiales y humanos para la implantación correcta de esos mecanismos deberán suponer, o modificación, o racionalización de las plantillas municipales, o la realización de contratos de servicios y de suministros separados y diferenciados a los efectos de la actuación necesaria para la implantación de estos sistemas de gestión energética y ahorro del gasto.

Como reflexión general e independientemente de la potestad de autoorganización y de la decisión de cada una de las entidades públicas que pretendan realizar un ahorro energético, al cual entendemos se ven avocadas y obligadas por la limitación presupuestaria y los principios constitucionales anteriormente descritos, lo cierto es que tanto el RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, como los posteriores Reales Decretos-Leyes del primer semestre de 2012 sobre reducción del gasto público, congelación de ofertas de empleo público, etc. (en especial el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), no facilitan el marco necesario para la ampliación de plantillas o el aumento de las partidas correspondientes para la contratación de suministros ni de inversiones, que son absolutamente necesarias para el desarrollo de estos sistemas.

En esa línea debemos destacar a los efectos de la financiación de los contratos y la inclusión o no en déficit el Sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Unión Europea (SEC 95) que está regulado en el Reglamento (CE) 2223/1996, de 25 de junio en su redacción consolidada con las ocho reformas que ha tenido (17).

El impacto de los contratos administrativos en las cuentas nacionales de las Administraciones ha sido estudiado y explicado en el Manual del SEC95, sobre el déficit público y la deuda pública (18) de 30 de abril de 2002, sustituyendo el antiguo capítulo 4.2 (Licencias de telefonía) con el nuevo capítulo 4.2 específico para los contratos administrativos de larga duración, el 30 de agosto de 2004, que introduce los nuevos criterios de Eurostat este tipo de contratos.

Según el indicado manual en el apartado 1.1. del capítulo IV.2, se afirma que las reglas del SEC95 no son lo suficientemente claras para determinar la pauta en su tratamiento en Obras

(17) Así las recogidas por Reglamento (UE) 715/2010, de 10 de agosto, LCEur\2010\1025; Reglamento (CE) 1392/2007, de 13 de noviembre, LCEur\2007\2077; Reglamento (CE) 1267/2003, de 16 de junio, LCEur\2003\2145; Reglamento (CE) 113/2002, de 23 de enero, LCEur\2002\110; Reglamento (CE) 2558/2001, de 3 de diciembre, LCEur\2001\4512 L; Reglamento (CE) 995/2001, de 22 de mayo LCEur\2001\1725; Reglamento (CE) 1500/2000, de 10 de julio, CEur\2000\1792; y Reglamento (CE) 448/1998, de 16 de febrero LCEur\1998\623.

(18) Se puede descargar una versión de dicho manual y sus actualizaciones en la página de Eurostat:
http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/publication?p_product_code=KS-42-02-585.

según el artículo 6 del TRLCSP, en relación con el Anexo I, clase 45.31. Servicios según el artículo 10 TRLCSP anexo II, categoría 1.

Para las cuentas nacionales los elementos que hay que tener en cuenta para la contabilización de estos contratos son los siguientes:

A) Prestación de servicios por el agente privado.

Las prestaciones P1 y P2 son la mera provisión de un suministro y servicio periódico que consiste en la gestión energética, gestión del suministro de combustibles y electricidad, control de calidad, cantidad y uso y garantías de aprovisionamiento, el mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial.

De acuerdo con el apartado 1.2 de la Parte IV.2 del Manual del SEC95 sobre el déficit público y la deuda pública, la compra de servicios durante un periodo largo de tiempo no comporta un problema especial de consolidación pues su tratamiento en las cuentas nacionales está basado en los flujos durante un año fiscal.

En particular, los servicios y suministros serán contabilizados como Consumos Intermedios (P.2) que según el apartado 3.69 del SEC 95 «representan el valor de los bienes y servicios consumidos como insumos en un proceso de producción, excluidos los activos fijos, cuyo consumo se registra como consumo de capital fijo».

En el proceso de producción, los bienes y servicios se pueden transformar o consumir completamente. No obstante, conviene hacer dos precisiones relevantes:

De acuerdo con el apartado 3.70.e) del SEC 95, en los consumos intermedios se incluyen los productos que no se consideran formación bruta de capital, tales como, el mantenimiento y la reparación periódicos habituales de los activos fijos utilizados en la producción.

De acuerdo con el apartado 3.71, las partidas que se tratan como formación bruta de capital son, entre otras, las grandes mejoras que van mucho más allá de lo necesario para mantener los activos fijos en buen estado de funcionamiento, por ejemplo las renovaciones, reconstrucciones o ampliaciones (es decir las prestaciones P4 y P5 que se tratan en el siguiente epígrafe).

En definitiva, los servicios P.1 y P.2 serán contabilizados como Consumos Intermedios. Sin embargo, es necesario que dichos servicios o suministros no consistan en la generación de mejoras que vayan más allá de lo necesario para mantener los activos fijos en buen estado de funcionamiento.

B) Asignación contable del activo a la Administración

Distinto tratamiento de la prestación de servicios y adquisición de suministros que se imputan como consumos intermedios, tiene la formación bruta de capital.

La prestación P.4 del contrato tipo consiste en la realización y financiación de obras de mejora y renovación de las instalaciones, a propuesta de la Administración. Por lo que se refiere a la prestación P5 se indica que el contratista llevará a cabo la incorporación de equipos e

instalaciones que fomenten el ahorro de energía, la eficiencia energética y la utilización de energías renovables y residuales, como biomasa, energía solar térmica, fotovoltaica, cogeneración. En cambio la prestación P3 es complementaria a las dos anteriores, pues los activos son garantizados por el agente privado prestador del servicio, lo que implica que el ente privado asume el riesgo de dichos activos.

De acuerdo con el apartado 2.2.a) de la parte IV.2 del Manual del SEC95 sobre el déficit público, los activos utilizados en un contrato a largo plazo sólo pueden ser considerados de titularidad privada, si el ente privado asume todos los riesgos atribuidos al desarrollo del contrato. Además es importante determinar:

– si la titularidad de las nuevas instalaciones pertenece a la Administración desde el suministro o instalación, momento en el que se abonan los activos.

– si la titularidad pertenece a la Administración desde el momento del suministro o instalación, pero con un pago aplazado.

– si la titularidad de los activos es del contratista, a través de un arrendamiento financiero, tras el cual la titularidad se transmite a la Administración.

– si la titularidad de los activos es del contratista, a través de un arrendamiento operativo, tras el cual la titularidad puede o no transmitirse a la Administración.

a) La titularidad de las nuevas instalaciones pertenece a la Administración desde el suministro o instalación, momento en el que se abonan los activos. En este supuesto el gasto inicial es computado como gasto de la Administración en la categoría P.51., definido en el 3.102.

No solo las nuevas instalaciones se computan como activos fijos, sino que incluso la mejora de activos fijos existentes, como sería el caso, se computaría como capital fijo de acuerdo con lo establecido en el apartado 3.107 del SEC95.

La Administración se convierte en propietario de estos activos mediante el pago inmediato de los bienes suministrados o instalados. La formación de capital fijo incluiría como valor positivo la adquisición de activos fijos nuevos o existentes (apartado 3.103).

b) La titularidad pertenece a la Administración desde el momento del suministro o instalación, pero con un pago aplazado. En este supuesto los activos se adquieren, pasando a formar parte del Activo fijo de la Administración. Si el pago de los activos se produce mediante un pago aplazado, la Administración pública debe contabilizar la deuda en el apartado de los préstamos AF.4, definido en el punto 5.69.

c) La titularidad de los activos es del contratista, a través de un arrendamiento financiero, tras el cual la titularidad se transmite a la Administración. El efecto es el mismo que el del apartado b) anterior. Tendría los siguientes efectos:

– La formación de capital fijo incluiría como valor positivo la adquisición de activos fijos nuevos o existentes, incluso aquellos adquiridos por el usuario por medio de un arrendamiento financiero (apartado 3.103).

– Los activos adquiridos mediante arrendamiento financiero se registran como si el usuario se convirtiera en propietario en el momento en que toma posesión de los bienes. La formación de capital por cuenta propia se registra cuando se produce (apartado 3.112).

– De acuerdo con lo previsto en el apartado 5.81, los acuerdos de arrendamiento financiero y de compras a plazos se incluyen en el concepto préstamo AF.4.

d) La titularidad de los activos es del contratista, a través de un arrendamiento operativo, tras el cual la titularidad puede o no transmitirse a la Administración. El arrendamiento operativo aparece definido en el Anexo II del SEC 95.

El apartado 3.108.a).4) del SEC 95 establece que en la formación bruta de capital fijo no se incluye las operaciones incluidas en los consumos intermedios como «la adquisición de activos fijos para ser utilizados bajo un contrato de arrendamiento operativo». El prestador de servicios registrará el servicio como producción de mercado, de acuerdo con el apartado 3.17 y 3.18 del SEC 95.

En definitiva, para que la realización de obras de mejora y renovación de las instalaciones y la incorporación de equipos e instalaciones que fomenten el ahorro de energía, la eficiencia energética y la utilización de energías renovables y residuales no sea computable como activo de la Administración, el prestador privado debe mantener su titularidad y asumir los riesgos de la construcción y el mantenimiento de los activos, tanto de la instalación de los mismos como también del rendimiento, para ello debe configurarse en contabilidad como un arrendamiento operativo.

El manual del SEC 95 en el anexo a la Parte IV, página 199, plantea una serie de preguntas para sugerir que nos encontramos ante un arrendamiento operativo. Se presume que es un arrendamiento operativo cuando:

1. El agente privado paga directamente el seguro y el mantenimiento del activo (en este caso la prestación P3 incluye estas prestaciones).
2. En caso de rescisión anticipada del contrato, la Administración no reembolsa las deudas pendientes del agente privado, quien retira los activos.
3. El agente privado tiene un margen de libertad en cuanto al diseño y construcción del activo y decide como se explota para prestar el servicio requerido.
4. La calidad del activo instalado es asumida por el agente privado, no la Administración contratante.
5. El agente privado asume el incremento de costes que genera el mantenimiento del activo.
6. La administración puede tener una opción de compra del activo a precio de mercado, no prefijado con anterioridad.

En los pliegos del modelo IDAE no queda lo suficientemente claro que en las prestaciones P4 y P5 estamos ante un arrendamiento operativo. En la medida que la naturaleza de los activos instalados lo permita, sería necesario evitar que la transmisión de la titularidad de los activos sea de la Administración y transformar la naturaleza de los activos instalados en contrato en arrendamiento operativo.

Por tanto parece inevitable, y en ese sentido se ven avocadas todas las Administraciones, salvo aquellas que se encontraran en situación de superávit presupuestario, a la utilización de fórmulas de financiación externa y contrataciones externas de las actuaciones necesarias para la implantación de estos servicios.

Así dentro de ese panorama, lo que es lógico y parece evidente y necesario es la imperatividad de dicha implantación y desarrollo.

III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE ESTOS CONTRATOS

1. Tipologías contractuales del sector público

Así una vez aclarada la necesidad de la contratación una segunda cuestión a considerar a los efectos del régimen jurídico de estos contratos es la calificación jurídica y en concreto el ámbito material de la prestación, puesto que determinadas actuaciones de las Administraciones públicas son consideradas en si mismas como un servicio público y por tanto en virtud de lo establecido en la propia doctrina del servicio público, su régimen jurídico es mucho más intenso que una mera actividad material complementaria de la competencia propia de las Administraciones públicas.

En ese sentido debemos destacar que el art. 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local establece como un servicio mínimo obligatorio de cualquier municipio el alumbrado público en las poblaciones, circunstancia que no ha variado con el proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad financiera de las Entidades Locales.

Esta calificación de servicio mínimo obligatorio de los aspectos vinculados a la iluminación o alumbrado público hace que esta prestación indicada implique una calificación que si se realiza a través de un tercero tenga la naturaleza contractual de contrato de gestión de servicios públicos, puesto que el art. 85 de la propia LRBRL a la hora de hablar de la forma de prestación de los servicios públicos diferencia entre gestión directa e indirecta, siendo la gestión indirecta la remitida al contrato de gestión de los servicios públicos en los términos del TRLCSP, tal y como se dice de forma expresa en el citado art. 85 LRBRL.

Así dentro de las prestaciones a realizar sobre eficiencia energética debemos indicar, tal y como se desprende de las diversas fórmulas incluidas en el anexo II del TRLCSP, su posible consideración como contrato de servicios (sino fuera un servicio público) las siguientes categorías: 8. Servicios de investigación y desarrollo, 12. Servicios de arquitectura, servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería, servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajística. Servicios conexos de consultores, ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos y la categoría 27 sobre otros servicios.

En cualquier caso la calificación jurídica no es una cuestión meramente aditiva o complementaria, sino un elemento esencial para la determinación del contrato, por lo cual deberemos antes de profundizar en el régimen de las categorías aplicables a la contratación de los servicios energéticos, la naturaleza y características de los diversos tipos aplicables a esta materia de contratos del sector público.

Así con carácter general debemos señalar que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público aprobado por RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre, se distingue a la hora

de señalar los contratos a los cuales es aplicable dicha legislación entre contratos de carácter administrativo o carácter privado, tal y como se recoge en el art. 18 del Texto Refundido.

En cualquier caso los contratos de carácter privado conforme al art. 20 de dicha norma son los celebrados por los entes, organismos u entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas y aquellos que aunque sean celebrados por la administración pública tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II sobre creación e interpretación artística y literaria y espectáculos comprendidos en la categoría 26 del citado anexo del TRLCSP al que hemos hecho referencia anteriormente. Por tanto los servicios financieros, de seguros bancarios e inversión y los servicios de interpretación incluidos dentro de esparcimiento, culturales y deportivos.

En ese sentido y en el ámbito que se nos aplica debemos destacar que la consideración como contrato privado implicará para las Administraciones públicas la no ubicación de las prestaciones u objeto material del contrato en ninguna de las categorías de contratos administrativos típicos o contratos administrativos especiales.

En ese supuesto debemos destacar que el art. 20.2 señala que aunque fuera contrato privado son aplicaciones de esta tipología de contratos privados las normas contenidas en la propia ley y en concreto en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos, cuestión incorporada de forma expresa en la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo. Si fueran encuadrables en esta categoría de contratos privados la selección y adjudicación de estos por los entes integrantes del sector público o en su caso si fuera entendible así, las Administraciones Públicas deberían de ajustarse a las reglas y requisitos previstos en el TRLCSP para la selección y adjudicación del contrato, rigiéndose en su caso también por estas reglas como ya hemos indicado la modificación, pero en cuanto a la ejecución y en su caso resolución nos encontraríamos con un sometimiento al régimen jurídico privado, y por tanto en caso de conflicto a la jurisdicción de carácter civil tal y como se determina en el art. 20.2 en relación con el 21 del TRLCSP.

Tras la consideración de los contratos privados debemos centrarnos en los contratos administrativos que siempre son los que se celebran por una Administración Pública, entendiéndose por Administración Pública a los efectos de la contratación lo especificado por el TRLCSP.

Partiendo de ese carácter subjetivo, cualquier contrato que no tenga una naturaleza privada, o sea que no sea de los objetos recogidos anteriormente previstos en el TRLCSP, tendrá carácter de contrato administrativo.

Teniendo en cuenta esa circunstancia, en tanto en cuanto no nos encontramos ante negocios y contratos excluidos en el régimen de aplicación de la Ley conforme al art. 4 del TRLCSP, la ley distingue entre una serie de contratos típicos y los denominados contratos administrativos especiales.

Así, son contratos administrativos típicos los recogidos en los arts. 6 al 11 TRLCSP.

Ahora bien si las prestaciones a realizar no se ubican en una sola de estas tipologías contractuales y existen actuaciones que pueden corresponder a distintos tipos de esta clase de contratos administrativos, la ley prevé la figura de los contratos mixtos recogiendo en el art. 12 que estos existen cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros

de distinta clase, debiéndose atender en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

2. Ubicación de los contratos energéticos

Pues bien, siguiendo nuevamente el modelo del IDAE esta actuación para que las Administraciones Públicas puedan optimizar sus consumos energéticos es el contrato de servicios energéticos, que suponga una actuación global e integrada, compuesta por varias prestaciones, una de ellas si se pretende que sea global es el suministro de la energía eléctrica, suministro que se obtendrá del correspondiente distribuidor de último recurso con las tarifas y condiciones generales que se someterán a la regla general de los consumos energéticos, pero además implica como ya hemos señalado, un mantenimiento y una garantía total de las instalaciones que podrían corresponder a un contrato de servicios y en las tipologías anteriormente señaladas y que a su vez implican las obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía con la realización de las correspondientes inversiones en ahorro energético y en su caso en energías renovables.

Ese conjunto de prestaciones integradas y de carácter global nos hace reducir las posibilidades de calificación contractual de todos los contratos administrativos en nuestra opinión a tan sólo tres tipologías viables en la legislación actualmente vigente en el Reino de España, dependiendo la aplicabilidad de unas u otras al ámbito y objeto de la prestación a realizar.

Así en primer lugar existe la determinada por el modelo del Instituto de Diversificación y Ahorro Energético, que pretende la calificación como contrato mixto de servicios y suministros, al amparo de lo dispuesto en el art. 12 del TRLCSP.

En esa fórmula el contrato de mantenimiento integral con gestión energética de un edificio de titularidad de una Administración Pública, es un contrato por el cual dicha Administración contrata con una empresa privada, a cambio de un precio, la prestación de «servicios energéticos», es decir, suministro de energía en determinadas condiciones de calidad, cumpliendo unos niveles de confort y normalmente una mejora de la eficiencia energética. Para que la empresa privada sea capaz de alcanzar dichos niveles de «confort», con un ahorro energético es necesario contemplar una serie de circunstancias en la relación contractual.

En primer lugar es necesario que el plazo de duración del contrato sea el suficiente como para que la empresa privada pueda amortizar las necesarias inversiones para optimizar las instalaciones del edificio.

En segundo lugar es necesario, o al menos conveniente para conseguir ahorros energéticos, establecer un sistema de remuneración que permita repercutir los ahorros energéticos en la cuenta de resultados de la empresa privada, con el fin de que sea esta la más interesada en conseguir dichos ahorros, siempre sin menguar ni disminuir el confort que se contrate.

En principio, los diferentes servicios que debe prestar la empresa contratista: suministro de energía transformada, gestión, reparación y sustitución de las instalaciones de conversión de dicha energía en aire frío, caliente, agua caliente sanitaria etc., conducirían a que fuera clasificado como contrato administrativo de servicios. Así sucede en el derecho francés, en el que en la práctica este tipo de contratos son calificados como de servicios (en Francia a estos contratos

se les aplica el artículo primero.I del Decreto nº 2004-15 de 7 de enero, sobre el Código de los Mercados Públicos –*marchés publics*–) (19).

No obstante, salvo que se opte por acudir a las nuevas figuras que posteriormente se analizan, la limitación temporal que rige en nuestro ordenamiento jurídico en relación con este tipo de contratos (la duración no puede exceder de cuatro años, *exart.* 303.1 TRLCSP), y la complejidad del objeto del contrato, que engloba prestaciones de diferente naturaleza, aconsejarían su subsunción en una figura contractual mixta, que abarque las distintas prestaciones contractuales, que son fácilmente reconducibles a los contratos administrativos típicos de suministro y servicios.

El TRLCSP), posibilita, contemplar dicho contrato de varias formas, bien como un contrato administrativo típico, de carácter mixto, de suministro y servicios, bien como un contrato de servicios. Pero por otra parte ofrece una nueva posibilidad que viene a solventar el principal problema preexistente con la anterior legislación.

Un segundo modelo sería el vinculado a la tipología contractual del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, en tanto en cuanto, la determinación de ese contrato supone la realización de una actuación global e integrada, tal y como señala el art. 11 del TRLCSP, incorporando construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión, la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, etc.

Y finalmente en tercer lugar, nos encontramos al amparo de la posibilidad recogida en el art. 8 del TRLCSP en relación con el régimen particular de los arts. 275 a 289 de dicha norma, con la posibilidad de recoger un contrato de gestión de servicios públicos siempre que dentro de las prestaciones del contrato nos encontráramos con una función de servicio público vinculado a una competencia pública en régimen de gestión directa por el contratista en relación a la ciudadanía, cuestión que posteriormente abordaremos.

IV. EL MODELO DE CONTRATO MIXTO

1. Planteamiento general

Así en el primero de los supuestos el contrato mixto implica como su propio nombre indica las prestaciones de al menos dos tipos de dos aspectos o materias vinculados a los contratos típicos de carácter administrativo, que no pueden facilitarse de manera independiente puesto que, recordemos, estamos ante una contraprestación global e integrada. Así en ese sentido debemos destacar que dicha fórmula es la gestionada y pretendida como modelo por el Instituto de Diversificación y Ahorro Energético y sobre la cual se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

El contrato mixto al tener una parte de suministros se ve condicionada en relación con la aplicabilidad de su régimen jurídico a la de mayor importancia económica, y dado que si se pretende un tiempo mayor de duración del contrato, a los efectos no sólo de garantizar una estabilidad de la prestación, sino de incorporar las correspondientes amortizaciones de las inversiones que se deben realizar en las materias que hemos señalado objeto del contrato, se

(19) Al respecto de esta materia véase la obra de MABIN, D., *Marches Publics*, Studyrama, 2013.

pretende una duración de 10 años por la preponderancia del importe de los suministros sobre las obras y los servicios en el total del conjunto, dado los precios de la energía y la duración de dichos aspectos, pudiendo en ese caso saltarse los plazos de duración de los contratos de obras, que serían lógicamente los vinculados a la duración de ésta en los términos de los pliegos y la oferta realizada por el licitante.

Ya hemos indicado que en el modelo IDAE el contrato tiene un objeto mixto; el suministro, la instalación (incluyendo obra) y la prestación de servicios de mantenimiento de materiales de eficiencia energética o de gestión de la energía.

En el marco de esta prestación es necesario determinar cual es la que tiene más importancia y, por tanto, el tipo contractual que debe prevalecer (arts. 12, 25.2 y 115.2 del TRLCSP). Sin perjuicio de lo anterior el modelo tipo del IDAE apuesta por considerar que este contrato sea tipificado como contrato de Suministro, lo que permitiría la ejecución de contratos de duración superior a los 6 años.

La duración de los contratos administrativos está regulada en el art. 23 del TRLCSP, según el cual, la duración deberá establecerse atendiendo la naturaleza de las distintas prestaciones. El contrato de servicios tiene limitaciones temporales de cuatro a seis años de acuerdo con el art. 303 del TRLCSP, lo cual hay que tener en cuenta a la hora de determinar la prestación más relevante.

Para determinar la cuantía del contrato y la prestación más importante, es necesario tener en cuenta las reglas establecidas en el art. 88 del TRLCSP.

Así sin perjuicio de la definición específica del contrato de suministro y su caracterización general, que no es objeto de este trabajo, debemos de señalar algunas peculiaridades de dicha tipología contractual, en cuanto a su naturaleza jurídica y evolución, tanto en la legislación histórica, como en las antecedentes leyes de contratos del Estado y de las Administraciones Públicas, que sirven junto a las ya comentadas transposiciones del derecho europeo de antecedente positivo inmediato de la actual regulación de contratos del sector público, en cuanto a este contrato de suministro

2. El contrato administrativo de suministros. Caracterización

Debemos señalar que el contrato de suministro ha sido objeto de análisis jurisprudencial y así por ejemplo con respecto al suministro de bases de datos al poder judicial es clarificadora la STS de 10 de noviembre de 2006, recurso 292/2004 (LA LEY 145153) en su F.J. 8°.

Igualmente la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha ocupado en reiteradas ocasiones de la naturaleza de estos contratos administrativos, y específicamente de la solvencia técnica de los licitadores. En ese sentido es bastante clarificador el informe 4/06, de 20 de junio de 2006. Obviamente, dicha circunstancia ha de ser recogida en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Así en ese sentido, el contrato de suministro tiene en buena lógica su origen sin perjuicio de la evolución histórica, que posteriormente indicaremos con breves pinceladas, en el suministro como tal concepto en el derecho privado, tal y como ha estudiado entre nosotros López

Benítez (20), aunque a decir verdad el estudio y exégesis de dicho tipo contractual en el derecho privado ha sido por parte de la doctrina poco tratado.

En dicha línea debemos destacar, que tal y como afirmaron en su día, por ejemplo, Garrigues y Castán (21), el contrato de suministro es una variante del contrato de compra-venta, aunque tiene un carácter atípico por la falta de tipificación expresa en nuestro Código Civil, cuestión a la que es ajena otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, el portugués y el francés, que sí lo recogen expresamente en sus codificaciones de derecho privado. Así el contrato de suministro en derecho privado tiene un carácter como todos los contratos consensual, en base a las determinaciones del art. 1254 y ss. del Código Civil, aunque, tal y como destaca el ya citado López Benítez (22), tiene una peculiar estructura sinalagmática, puesto que nos encontramos ante un solo contrato con una única relación obligatoria, aunque de carácter duradero que tiene autonomía de diversas prestaciones en el tiempo, teniendo estas prestaciones un carácter constante. Por tanto, tiene la clásica naturaleza conmutativa a la cual le es aplicable la regla *rebus sic stantibus*, con una facultad de suspensión de las prestaciones que tiene un carácter de contrato de duración, en tanto que la evidente existencia del factor temporal es la causa del contrato y uso de sus elementos fundamentales, con los correspondientes efectos extensivos en lo temporal para la tipología de los servicios energéticos.

El concepto de contrato de suministro que se recoge en el art. 9 de la Ley de Contratos del Sector Público, sigue en principio la línea tradicional del contrato de suministro anterior. Así se consideran contratos de suministros los que tienen por objeto, tanto la adquisición, como el arrendamiento financiero o en el arrendamiento con opción de compra de productos o bienes muebles, quedando por tanto excluidos, los bienes inmuebles del ámbito tradicional y actual, en buena lógica, del contrato de suministros, y son igualmente contratos de suministros, tanto las entregas de bienes mediante precios unitarios, como los arrendamientos de equipos de sistemas de telecomunicaciones o en general de disposiciones o creaciones necesarias para la implantación de la sociedad de la información, así como sus dispositivos y programas y los contratos de fabricación, para la cosa o cosas que vayan a ser entregadas por el empresario, y que deberían ser celebradas con arreglo a las características peculiares que se hubiesen determinado previamente por la entidad contratante.

Así, dentro del Libro IV, Título II, Capítulo IV, la Ley se ocupa del desarrollo específico de esta tipología concreta de contrato utilizando para ello los arts. 266 a 276.

3. Los suministros energéticos

En los supuestos de puro suministro energético y dadas las evidentes disfuncionalidades de nuestro mercado por la existencia de un oligopolio evidente, estas determinaciones son más teóricas que reales, puesto que en la práctica nos encontramos con contratos que participan más de las características de los de adhesión que de los administrativos.

Por lo que se refiere al pago del precio del art. 293 es bastante descriptivo de las determinaciones que anteriormente venían siendo dispuestas por el TRLCAP, en el sentido de que el

(20) LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Atelier, Barcelona, 2000, págs. 31-63.

(21) J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATEG, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 8ª Ed., Madrid, 1983, pág. 95 y J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo IV, 12.ª ed., Madrid, 1985, pág. 73.

(22) LÓPEZ BENÍTEZ, M., op. cit., pág. 39.

adjudicatario tiene derecho al abono del precio que los suministros contuvieran conforme lógicamente al contrato suscrito previamente con la Administración. Ahora bien, ese derecho de abono sólo se produce cuando los suministros están efectivamente entregados y formalmente recibidos, no pudiendo correr hasta que exista por tanto la recepción formal, los plazos necesarios para la tramitación de los pagos, y en su caso la demora correspondiente con los intereses previstos específicamente en nuestra legislación sobre morosidad.

Así en ese sentido en los suministros energéticos no caben un corte por parte del suministrador, aunque no se produzca el pago efectivo, y así podemos señalar conforme describe la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997 (23) (LA LEY JURIS 10189/1997) que en los ámbitos destinados al mantenimiento de los servicios públicos como es el caso de la electricidad, no cabe el corte por parte del suministrados aunque se produzca un impago.

Así debemos destacar en esa línea el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1989 y las Sentencias del tribunal Supremo de 13 de junio y 5 de octubre de 1989 y 16 de mayo de 1997: esta jurisprudencia debe ser aplicada por tanto a todos esos casos de servicios públicos en los cuales el suministro forma parte inherente a la prestación que realiza la Administración del servicio.

Específicamente en el ámbito local debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997 en recurso 700/1993 (LA LEY JURIS 6544/1997) con respecto a la imposibilidad de interrumpir el servicio de alumbrado, aunque en el supuesto de prestación no se realice directamente por los ayuntamientos sino a través de prestación indirecta.

En este sentido podemos hablar de una tipología específica de contrato de suministro tal y como se encarga de señalar la Junta Consultiva de Contratación en su Informe 59/05 de 24 de marzo de 2006, sobre contratos de suministro de energía eléctrica, aplicación de procedimientos, forma de adjudicación, contratación y explotación del servicio, que establece la sujeción de estos contratos de suministro frente a lo regulado por el art. 2.3 de la Ley de Contratos del Estado al ámbito subjetivo de la LCAP, lo que hoy podemos ampliar al TRLCSP.

Por tanto en este ámbito sí que vamos a hablar de un contrato desnivelado absolutamente, puesto que les es de aplicación conforme ha dicho informe la normativa sobre documentación justificativa de solvencia en cumplimiento de obligaciones tributarias y Seguridad Social, pero no cabe una limitación unilateral de la capacidad de las empresas contratistas para cortar el suministro.

4. La modalidad de los contratos de servicios

Para el análisis de los contratos mixtos energéticos se hace necesario una vez estudiada la parte del suministro abordar en segundo lugar la de servicios, que conforme al TRLCSP sólo pueden tener una duración de 4 años prorrogables por otros 2, mientras que en los suministros no existe una limitación específica, toda vez que ni en las normas generales del libro IV, se fija un plazo específico, como sí se hace para el servicios del contrato de suministros, pudiendo ser perfectamente lícita la determinación recogida por los pliegos genéricos del modelo IDAE en relación con dicho aspecto.

(23) En general sobre la jurisprudencia de contratos, vide ENRIQUE SANCHO, R., *La Contratación Administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, LA LEY-Wolters Kluwer, Madrid, 2007.

Por otro lado se posibilita en este contrato mixto la selección del adjudicatario mediante un procedimiento restringido, tal y como hace el Instituto de Diversificación y Ahorro Energético. Ahora bien, el procedimiento para la selección del adjudicatario con carácter general, independientemente del modelo IDAE, de cualquier contrato mixto será el vinculado a la mayor prestación, en este caso suministros, y por tanto en todos aquellos ámbitos que superen los 18.000 € IVA excluido, será necesario acogerse a un procedimiento licitatorio en donde se proceda a la concurrencia y se seleccione la mejor oferta.

Este procedimiento licitatorio debe de exigirse, rompiendo las reglas generales, en tanto en cuanto no hay especialidades para el contrato de suministros, como si la hay en las actuaciones preparatorias para el contrato de obras, para el de la concesión de obra pública y para los de gestión de servicios públicos y para la colaboración entre el sector público y el sector privado.

En ese sentido la utilización del procedimiento se debe de realizar mediante la convocatoria de las correspondientes licitaciones, siendo obligado en los supuestos que superen la cantidad recogida en el art. 15 del TRLCSP, Este procedimiento que se establece por regulación armonizada, requiere publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y por tanto su periodo de tramitación es bastante largo, en tanto en cuanto, se establece una regulación idéntica para todos los países de la Unión, pudiendo establecerse unas determinaciones correspondientes, en el art. 13 del TRLCSP recoge las características generales correspondientes.

Así conforme al art. 159.1 del TRLCSP el plazo no puede ser inferior en estos supuestos de regulación armonizada a 52 días, contados desde la fecha del envío del anuncio del contrato a la Comisión Europea. Aunque puede reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos a los pliegos y a la documentación complementaria, además la publicación de acceso en el Boletín Oficial del Estado necesariamente, junto al Diario oficial de la Unión Europea obviamente.

Un segundo procedimiento aplicable a estos contratos mixtos por la categoría de suministros sería el negociado, en las líneas generales previstas por el art. 170 del TRLCSP que es cuando haya habido un previo procedimiento licitatorio abierto y que las proposiciones u ofertas económicas seguidas previamente sean irregulares o inaceptables por haber sido presentadas por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento de las ofertas, de las obligaciones legales relativas a fiscalidad, protección del medio ambiente, condiciones del trabajo, por infringir las condiciones por la presentación de variantes y mejoras o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que dichas circunstancias no se modifiquen sustancialmente en las condiciones originales del contrato, esto es, que la utilización del procedimiento negociado no implica un subterfugio o fraude de ley sobre la utilización del procedimiento general.

Un segundo supuesto es el caso que se haya declarado desierto por no presentarse nadie en ese procedimiento. Igualmente siempre que no se varíen las condiciones iniciales del contrato con carácter sustancial. Y en aquellos que fueran superiores a la cifra de regulación armonizada, se debe remitir un informe a la Comisión de la Unión Europea si esta así lo solicita.

Un tercer supuesto es, con carácter excepcional, cuando se trate de contratos que por razón de sus características preexistentes no pueda determinarse previamente el precio global, circunstancia esta que pudiera discutirse en el ámbito de los contratos de gestión energética, toda vez que el precio es predecible conforme, no a la cantidad, puesto que pueden variar los precios

de la energía, pero si a las fórmulas o circunstancias necesarias para su obtención en los términos de la tarificación vigente en cada momento.

Un cuarto aspecto es cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado, circunstancia esta que no parece concorra en los servicios energéticos.

Igualmente puede utilizarse el procedimiento negociado cuando una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y que no fuera imputables al mismo demandara una ejecución inmediata del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia prevista por la ley, circunstancia esta que en ningún caso entendemos aplicable a la tipología contractual sobre la cual estamos reflexionando.

Un sexto aspecto es el vinculado a aquellos contratos que hayan sido declarados secretos o reservados, circunstancia que en principio tampoco concurre en nuestro supuesto y que está vinculada a circunstancias derivadas de la defensa nacional.

Y finalmente en los contratos incluidos en el ámbito del art. 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Estas reglas generales del aplicabilidad del procedimiento negociado a los contratos generales del sector público, debemos señalar que además los contratos de suministro conforme al art. 173 pueden ver aplicado el procedimiento negociado en los supuestos allí consignados.

Y finalmente, la mayor parte de los procedimientos en el contrato mixto deberán realizarse salvo en el modelo IDAE por el denominado procedimiento abierto, esto es, con una licitación general, puesto que pese a la caracterización y el informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación para el procedimiento restringido, este puede suponer una mayor complejidad, puesto que tiene que realizarse una selección de los candidatos con un previo anuncio, mientras que en el procedimiento abierto no existe esa limitación pero pueden establecerse unos requisitos de solvencia técnica y lógicamente económico financiera que impidan la participación de empresas no deseadas con falta de especialización, capacidad o «músculo financiero» que posibiliten las prestaciones vinculadas a esta tipología contractual de los contratos de servicios energéticos.

En cualquier caso en el procedimiento restringido debe igualmente fomentarse la concurrencia con ese anuncio previo, por lo tanto entendemos que es mucho más rápido, efectivo y vinculado a la filosofía de la Directiva de la Unión Europea y de la Ley de favorecer la licitación a la mejor oferta en la utilización de estos procedimientos abiertos.

V. CONTRATOS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (24)

1. Características y aplicabilidad a los contratos de servicios energéticos

El segundo modelo de tipología contractual aplicable a los contratos de gestión de servicios energéticos es la novedosa fórmula de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que ha sido objeto de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de julio de 2009, sobre modelo de documento descriptivo de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en edificios públicos, que indica: «sin perjuicio de las adaptaciones que puedan ser adecuadas en función de las circunstancias de cada caso, y de la posibilidad de adoptar soluciones en relación con la valoración de la solvencia o de los criterios de adjudicación diferentes de las propuestas en el documento, el contrato de colaboración público-privada (y el procedimiento del diálogo competitivo) resultan útiles para el logro de los fines propuestos, por lo que considera conveniente recomendar su uso a cuantas Administraciones Públicas o entes integrados en el Sector Público deseen dar satisfacción a necesidades similares» (25).

Una de las cuestiones fundamentales que se planteaban con el anterior TRLCAP, era cómo encajar jurídicamente este modelo de contrato en alguna de las modalidades contractuales existentes, teniendo en cuenta el breve plazo de duración que la ley preveía para los contratos de servicios (máximo 4 años con prórrogas) y la problemática que ello generaba a las empresas en cuanto que se hacía inviable la amortización de la inversión dentro del periodo de contratación. Esta cuestión, se ve solventada con el TRLCSP que nos ofrece una posibilidad de contratación adecuada y apropiada para regular este tipo de contratos: «el Contrato de Colaboración entre el sector Público y el sector Privado» (CCPP) que reúne una serie de particularidades que facultan el objetivo pretendido con el contrato.

La definición (art. 11 TRLCSP) que se realiza de esta figura supone que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las prestaciones recogidas en el TRLCSP. Entre las prestaciones que se incluyen en el ámbito del CCPP, se encuentra «la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas» [art. 11.1.b) TRLCSP], introducida en la ley, como consecuencia de una necesaria adaptación de la normativa española a las Directivas Europeas, que establecen como las legislaciones de los Estados Miembros deben adaptar su normativa para facilitar la contratación de Servicios Energéticos, eliminando las limitaciones preexistentes en cuanto a la duración.

Las características de este contrato contemplan asimismo (art. 11) que el contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección

- (24) Con carácter general sobre esta tipología contractual puede consultarse PORTELL SALOM, N., «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista General de Derecho Administrativo*, 18, (2008); ALMONACID LAMELAS, L., «La colaboración público-privada en tiempos de crisis», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 23, (2011), pág. 2854; CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, 140, (2008); y CHINCHILLA MARÍN, C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, 132, (2006).
- (25) Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de julio de 2009 (Consideración Jurídica 2ª). Al respecto se puede consultar la aportación en este mismo libro de MELLADO RUIZ, L., *El contrato de colaboración público-privada de prestación integral de servicios energéticos*.

de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. Asimismo la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Entra por lo tanto en juego por tanto la posibilidad de premiar ahorros energéticos reales.

Esta tipología contractual que como ya hemos señalado anteriormente se prevé *ex novo* en la legislación de contratos del sector público tiene su regulación en el anteriormente señalado art. 11 del TRLCSP. Ahora bien, para que se utilice deben en los términos del art. 134 de la citada norma legal realizarse una previa evaluación con carácter previo a la iniciación de cualquier expediente de este contrato en el cual mediante un documento realizado al efecto se debe poner de manifiesto que conforme a la complejidad de este contrato no se encuentra en condiciones de definir con carácter previo a la licitación los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato y mediante dicho documento se debe igualmente proceder a un análisis comparativo con las formas alternativas de contratación, esto es, descartando otras modalidades y justificando en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esa fórmula de contratación.

Dicha evaluación (26) que es cardinal a la hora de descartar otras modalidades y optar por el contrato de colaboración público privado, puede realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración o entidad contratante que aconsejan utilizar esta tipología contractual para atender obviamente las necesidades públicas que fundamentan cualquier contratación del sector público.

Partiendo de dicho documento posteriormente debe realizarse una evaluación que se realiza por un órgano colegiado integrado por expertos con la cualificación suficiente en la materia sobre la que versa el contrato. Este órgano en principio conforme al RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en su art. 22.2.1ª, es la mesa del dialogo competitivo.

Tras la evaluación y siempre que esta fuera favorable se deberá establecer el programa funcional. Este programa es el documento que contiene los elementos básicos que informarán el dialogo con los contratista y que se debe incluir en el documento descriptivo del contrato, en concreto se deben concretar: dicho programa funcional, la naturaleza y la dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deban incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al dialogo competitivo y los criterios de adjudicación del contrato (27).

Además de las determinaciones recogidas en el programa funcional debemos de destacar conforme a lo dispuesto en el art. 136 del TRLCSP el clausulado del contrato. Así en ese sentido debe incorporarse en dicho clausulado del contrato por una parte las determinaciones previstas con carácter general en la ley sobre contenido mínimo del contrato, esto es, la identificación de

(26) Sobre dicha fase de evaluación previa, con detenimiento y exhaustividad, puede consultarse GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 122 y ss.

(27) Con respecto a estos trámites, vide BRUNETE DE LA LLAVE, M. T., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP», *Contratación Administrativa Práctica*, 96, (2010), págs. 33 y 41.

las partes, la acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato, la definición del objeto del contrato, la referencia a la legislación aplicable al contrato, la enumeración de los documentos que integran el contrato, el precio o el modo en su caso de determinarlo, por lo tanto las fórmulas de revisión en su caso de precios, la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y finalización y las prórrogas a que hubiera lugar, las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones, las condiciones de pago, los supuestos en que procede la resolución, el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con el cual se elaborará el precio en su caso y la extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que en su caso se imponga al contratista. Igualmente junto a esas determinaciones y por específica obligación del art. 136.a) del TRLCSP se debe de realizar la identificación de las prestaciones principales que constituyen el objeto del contrato que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato conforme a lo establecido en el TRLCSP y en concreto en ese sentido las determinaciones correspondientes a la resolución y cumplimiento de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado previstos en el art. 313 de dicha norma, rigiéndose en ese sentido conforme a la prestación principal del conjunto de prestaciones del contrato prevista conforme al ya indicado art. 136.a) de la ley y siendo el régimen jurídico aplicable conforme a las normas correspondientes que delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la administración.

La duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podrá exceder de 20 años en ningún caso tal y como se especifica en el art. 314 de la norma legal.

Por otra parte debe de incorporar al clausulado del contrato las determinaciones de los apartados a, b y m del art. 136 del TRLCSP:

La selección de los contratistas se debe realizar mediante el denominado procedimiento de dialogo competitivo tal y como se recoge en el art. 180 de la norma legal que señala que el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, y cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato. En concreto estos contratos de colaboración público-privado se rigen por este procedimiento conforme al art. 179.3 sin perjuicio de que pudiera seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el art. 170.a) del TRLCSP que se refiere a los supuestos en que las proposiciones u ofertas económicas procedimientos abiertos o restringidos fueran irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, etc.

Así el indicado procedimiento de dialogo competitivo se regula en los arts. 179 a 183 del TRLCSP y se establece con un procedimiento de dialogo con los candidatos que han sido previamente seleccionados previa solicitud de los mismos a fin de que se desarrolle una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

Este proceso que supone un periodo importante para la tramitación de la licitación es muy novedoso y de cierta complejidad, con lo cual entendemos solo podrá celebrarse por administraciones dotadas de los adecuados medios técnicos y evidentemente vinculado a la importancia de proyectos no solo globales e integrales como se produce en el supuesto de los contratos de gestión energética, sino de importancia económica y montante que justifique los plazos e inversiones en tiempo y dinero que ello produce.

El CCPP resulta ser asimismo un instrumento contractual que habilita al Sector Público para acceder a la contratación de cualquier contrato típico bajo su amparo, siempre que dicho contrato típico se corresponda con la prestación principal del Contrato (art. 289). Ello deja abierta la posibilidad de que Administración y contratista concreten los elementos del contrato en cada caso concreto.

Respecto de la duración de los CCPP, se establece un plazo de 20 años (40 en caso de concesión) —art. 268, en relación con el 314 del TRLCSP—. Es decir puede adaptarse en función de la duración de la amortización de las inversiones que se realicen para el cumplimiento del objeto del contrato o de las fórmulas de financiación que se prevean en el documento descriptivo del mismo, lo que facultará que el retorno de la inversión se produzca dentro del periodo de contratación.

Se introduce de igual modo, un reparto de riesgos entre la Administración contratante y el socio privado.

El CCPP tiene una serie de particularidades que deben ser tenidas en cuenta a la hora de iniciar un expediente de contratación. En primer lugar es necesario que con carácter previo se produzca la elaboración del ya reseñado documento de evaluación (art. 118), previo a la iniciación del expediente de contratación que contenga la justificación de la decisión de recurrir a esta fórmula de contratación, por no estar la Administración en condiciones de definir los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos o por no disponerse de capacidad para establecer los mecanismos jurídicos o financieros adecuados. La evaluación del documento debe hacerse por órgano colegiado formado por expertos con cualificación suficiente en la materia; es decir es un sistema de contratación «subsidiario». La complejidad de las prestaciones que se contemplan en un contrato de gestión integral del mantenimiento con gestión energética debería ser la base de tal evaluación. Asimismo, una vez iniciada la forma de contratación, el Órgano contratante debe establecer un Programa funcional (art. 135) que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo competitivo, así como una descripción del contrato. Tal mención conlleva necesariamente que este tipo de contratos deban adjudicarse mediante el novedoso sistema del «Diálogo Competitivo», contemplado en los arts. 179 y siguientes del TRLCSP; dicho sistema permite al Órgano Contratante realizar un sistema que podemos definir de «mejora constante», en cuanto que los licitadores van ajustando sus soluciones técnicas a la que finalmente resulte mas adecuada.

El TRLCSP establece que un CCPP debe contener, además de los condicionantes de cualquier contrato, una serie de contenidos específicos en su art. 136.

Podemos concluir por tanto con la afirmación de la existencia de un nuevo soporte contractual con el TRLCSP en la cual los CCPP pueden amparar la contratación de un Contrato de Servicios Energéticos, poniendo fin a las limitaciones de duración existentes con al anterior normativa.

2. La problemática del cómputo o no como déficit de los contratos de servicios energéticos. Posibles cláusulas para evitar su computación

2.1. Determinaciones generales

El RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, dispone en su art. 16: una serie de limitaciones para la evaluación de estos contratos.

Con base en ellos la IGAE viene realizando los oportunos informes acerca de dicha computación.

La cuestión clave para saber si una determinada inversión computa a efectos del déficit público es el tratamiento contable que recibe dicha inversión en atención a las condiciones del contrato. Las consecuencias de uno u otro registro son de vital importancia para las finanzas públicas puesto que si una determinada inversión se clasifica como activo de la Administración, el coste total del activo se registrará en las cuentas públicas de acuerdo con el principio de devengo, es decir, en el momento de la entrega o puesta a disposición de la Administración Pública con efectos sobre el déficit público y la deuda pública. Por el contrario, si el activo se registra en el balance del contratista el efecto en el déficit público se producirá año tras año y sólo por el importe de las cuotas anuales satisfechas.

Los informes de que disponemos hacen ver que no existe un tratamiento contable único para todos los contratos en los que hay una colaboración público-privada sino que se debería hacer un análisis caso por caso para saber si un determinado contrato tiene o no incidencia en el déficit público y en la deuda pública. De esta forma, es preciso determinar el marco regulatorio en el que se establece la forma en la que se debe realizar el registro contable respecto de los contratos en los que hay una colaboración público-privada para poder establecer unos criterios respecto de los contratos de servicios energéticos que utilizan esta forma de contratación. Este aspecto es el que debemos hacer ver a la IGAE.

El marco regulatorio es el siguiente:

- La Decisión de Eurostat 18/2004, de 11 de febrero de 2004, relativa al tratamiento en las cuentas nacionales de los contratos suscritos por las unidades públicas en el contexto de las asociaciones con unidades privadas.

Esta Decisión no tiene por objeto el análisis contable de todas las formas de colaboración de un contratista con una Administración Pública, sino que se refiere de forma explícita y exclusiva a la contabilización de ciertos contratos específicos que deben cumplir determinadas características.

- El Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas sobre el déficit público y la deuda pública (SEC-95).

El Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, también conocido como SEC-95, es un sistema de Contabilidad Nacional y constituye un marco contable comparable a escala internacional, cuya finalidad es realizar una descripción sistemática y detallada de una economía en su conjunto (de una región o un país), sus componentes y sus relaciones con otras econo-

mías. Éste Sistema de Cuentas es vinculante jurídicamente para todos los países de la Unión Europea.

2.2. Tratamiento contable de estos contratos en la contabilidad nacional

A. **Ámbito de aplicación:** definición de los contratos en los que existe colaboración público-privada a los efectos de la Contabilidad Nacional

Este marco regulatorio no resulta aplicable a todas las formas de colaboración público-privadas, sino sólo a aquellas que específicamente se definen en la citada Decisión de Eurostat:

De forma resumida, la Decisión de Eurostat será de aplicación a los contratos que cumplan las siguientes características:

– Duración:

Deberán ser contratos a largo plazo. La duración de estos contratos variará dependiendo de factores, tales como, las necesidades a cubrir, naturaleza del activo, etc.

– Objeto del contrato:

- Debe cubrir áreas de actividad de aquellos servicios públicos en los que, normalmente, las Administraciones Públicas tienen una participación muy activa.

- Debe hacer mención expresa a los activos específicos utilizados para prestar estos servicios, así como a las condiciones de volumen y calidad en que se deben prestar.

– Inversión a realizar:

La realización del objeto del contrato precisa un gasto de capital importante (este concepto no está definido) y sea para un activo de nueva creación, como para una significativa renovación, modernización o mejora de activos ya existentes, incluidos los activos que son propiedad de las Administraciones Públicas y que son gestionados por ellas, pero a condición de que el gasto de la renovación, etc., suponga una parte predominante del nuevo valor que adquiera el activo después de la reforma.

– Contratista:

- Debe tener experiencia suficiente en el área de actividad a la que se refiere el objeto del contrato.

- Debe prestar sus servicios en las condiciones prevista en el contrato, de acuerdo con determinadas normas de cantidad y calidad

– Destinatario de los servicios:

El principal comprador de los servicios debe ser la Administración Pública, que los adquiere mediante pagos periódicos.

Como se desprende de todo lo anterior, la definición dada por el Eurostat en su Decisión coincide básicamente con los requisitos exigidos en el art. 11 relativo a los contratos de cola-

boración entre el sector público y el sector privado. No obstante, es preciso resaltar que a los efectos de la aplicación de los criterios del SEC-95 lo importante no es la forma jurídica sino la realidad económica, de tal forma que si las operaciones están organizadas de tal modo que el aspecto jurídico contradice la realidad económica, ésta primará, a efectos de la contabilidad nacional, sobre aquélla. En este sentido, las características fijadas por esta Decisión del Eurostat hay que tenerlas en cuenta en la elaboración de todos los contratos de colaboración entre el sector público y el sector los contratos mixtos. Esta opinión es compartida por todos los informes de que disponemos y también por la IGAE, todos ellos los llamaremos CCPP.

B. Clasificación contable de los activos vinculados a una CCPP

La cuestión clave es determinar en qué casos procede el registro contable de los activos implicados como activos de la Administración Pública o como activos del contratista y para ello es fundamental, la calificación como activo de la Administración o del contratista, ya que si en la contabilidad nacional se considera como un activo de la Administración, su coste total deberá reconocerse como mayor déficit de esa Administración. Para ello, el factor determinante para resolver la cuestión se centra en determinar quién debe afrontar la mayoría de los riesgos derivados de la propiedad de ese bien y quién obtiene la mayoría de los beneficios.

De acuerdo con lo fijado en la Decisión, el elemento crucial para la evaluación de un CCPP, en lo que respecta a la clasificación de los activos implicados en el contrato es quién soporta los riesgos «genéricos», es decir: el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad y el riesgo de demanda.

Este reparto de riesgos está previsto por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su art. 215. Además el art. 136 relativo al clausulado del contrato, establece que en dicho contrato se establecerán las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

Es decir el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público permite que en los CCPP se haga una asignación negociada de los riesgos entre Administración y contratista, debiendo constar dicho reparto de riesgos en el clausulado del contrato, y este es otro aspecto crítico para hacer ver a la IGAE.

Por tanto, para que los activos vinculados a los CCPP no tengan efectos ni en el déficit ni en la deuda pública, tendremos que asignar los riesgos genéricos al contratista en los términos antes señalados, teniendo siempre en cuenta que rige el principio de primacía del fondo económico sobre la forma jurídica, por lo que para poder determinar qué parte contratante soporta cada riesgo será necesario analizar exhaustivamente el clausulado de los contratos y la realidad económica que subyace tras él, para así saber quién soporta los riesgos.

C. Clausulado Posible

a. Riesgo de construcción

Una Administración quiere contratar mediante un CCPP con una Empresa de Servicios Energéticos la ejecución de una actuación global e integrada que suponga la mejora de la eficiencia

energética de uno de sus edificios, incluyendo una obra nueva de climatización e instalaciones térmicas, incorporando inversiones en energías renovables, así como la gestión energética, su mantenimiento y la garantía total. Al contratista se le retribuirá mediante el pago de una cuota anual por los servicios prestados. El riesgo de construcción pesará sobre el contratista si el CCPP incluye una cláusula en la que este asume el coste en caso de siniestros por defecto en la construcción, los mayores costes de la construcción, etc. El clausurado del contrato podría ser:

«La ejecución del contrato se desarrollará a riesgo y ventura del Contratista, que no tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieran producido, salvo por causa de fuerza mayor o imputable a la Administración. Además, el Contratista deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que le hayan sido originados».

En este caso, el riesgo de construcción lo soportará el contratista y las obras se registrarán como activo del contratista (siempre que se traslade también el riesgo de demanda o de disponibilidad) y, por tanto, sólo tendrá efectos en el déficit y la deuda las cuotas anuales que pague la Administración por la prestación de los servicios acordados en el contrato. En caso contrario, si el riesgo de construcción fuera asumido por la Administración, la obra sería registrada como un activo de la Administración, considerándose el importe de dicha inversión como más déficit y más deuda pública, es decir, consolidaría en las cuentas públicas.

No siempre en el clausulado de los Contratos queda claro quién asume el riesgo de construcción. Cuando así sea y tomando el art. 136 del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos como punto de referencia, los factores que nos pueden ayudar a detectar quién soporta este riesgo son los siguientes:

(1) Existencia de pagos de la Administración al contratista antes de que finalice la construcción y dé comienzo la prestación de los servicios vinculados al activo.

Por ejemplo si en el anterior CCPP, en vez de las cláusulas antes señaladas, se incluyera una por la que la Administración se compromete a pagar las cuotas a partir de una determinada fecha anterior a aquella en que las obras deberían estar terminadas. En este caso, desde un punto de vista de la realidad económica que subyace, el contrato se aproximaría más a la compra de las instalaciones que a la de la prestación de unos servicios y, por tanto, el activo se incluirá en el balance público, con efectos en el déficit y deuda pública.

(2) Existencia de sanciones por incumplimiento de las condiciones contractuales relativas a la construcción: plazos de entrega, normas técnicas, etc.

Por ejemplo el CCPP incluye una cláusula en la que se establece que se impondrá una sanción al contratista si se produce un retraso en la fecha de finalización de la ejecución de las obras y, por ello, en el comienzo del uso por parte de la Administración. La cláusula podría ser:

«El incumplimiento del plazo de ejecución por parte del Contratista, debido a causas imputables al mismo, dará lugar a la imposición de las correspondientes penalidades, sin que ello excluya la indemnización a que pueda tener derecho la Administración por los daños y perjuicios originados por la demora».

Esta cláusula es una forma de trasladar el riesgo al contratista y, por tanto, el activo no se incluirá en las cuentas públicas (siempre que se traslade también el riesgo de demanda o de disponibilidad).

(3) Traslado de los posibles incrementos de los costes de la construcción, respecto a los inicialmente previstos al contratista, salvo en casos de fuerza mayor o por actuaciones imputables directamente a la Administración.

Por ejemplo el CCPP incluye una cláusula por la que el contratista soportará el incremento de costes incurridos por el mal cálculo en la cantidad de material necesario para la ejecución de las obras, manteniéndose inamovible la cuota que, posteriormente, pagará la Administración por la cesión de uso del mismo. La cláusula podría decir:

«Las modificaciones en el Proyecto de Obras ejecutadas sin contar con la aprobación previa de la Administración no darán derecho a compensación alguna a favor del contratista, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir»

Al igual que en el caso anterior, esta cláusula hace que el riesgo se traslade al contratista y, por tanto, el activo no se incluirá en el balance público (siempre que se traslade también el riesgo de demanda o de disponibilidad).

b. Riesgo de disponibilidad

En un CCPP para la mejora de la eficiencia energética de un edificio de la Administración se prevé la realización de determinadas obras, debiendo incluirse, entre las cláusulas relativas al pago de la retribución al contratista, una que permita dichas deducciones. Así podría decir:

«Con carácter mensual, se efectuará la medición del nivel efectivo de disponibilidad y calidad de los servicios utilizados por la Administración, conforme a los parámetros objetivos establecidos en el pliego de condiciones técnicas para cada uno de los servicios. La prestación de los servicios por debajo de los niveles definidos como óptimos dará lugar a la aplicación automática de los siguientes porcentajes de deducción, ponderados según el tipo de deficiencia»

De esta forma y en la medida que los porcentajes de deducción sean relevantes en relación con la retribución a cobrar por el contratista, se entenderá que el riesgo de disponibilidad esta siendo soportado por él y, por tanto, el activo no se registrará en las cuentas públicas, siempre que además se haya trasladado también el riesgo de construcción. En consecuencia, sólo tendrá efectos en el déficit y la deuda las cuotas anuales que pague la Administración por la prestación de los servicios acordados en el contrato.

Del análisis de las menciones que obligatoriamente deben constar en el clausulado de un CCPP, podemos determinar a quién se ha asignado el riesgo de disponibilidad realizando los siguientes pasos:

- Verificar que en el contrato se fijan parámetros que permiten valorar la calidad de cada uno de los servicios suministrados por el contratista (de forma individualizada) y el nivel de disponibilidad del servicio, así como la periodicidad (mensual, trimestral, u otra) para llevar a cabo dichas mediciones.
- Constatar que el contrato prevé la aplicación de deducciones o sanciones a cada uno de los parámetros utilizados para medir la calidad y disponibilidad de los servicios.

- Verificar que el contrato estipula claramente que el importe de las citadas deducciones o sanciones, resultantes se aplica de manera automática a los pagos que la Administración debe realizar al contratista.

- Confirmar que el montante de las deducciones o sanciones representa una parte realmente significativa de los ingresos del socio.

c. Riesgo de demanda

Si la Administración paga al contratista un canon fijo, con independencia del nivel de servicios prestados, entonces el riesgo de demanda es soportado por la Administración y no por el contratista. En este caso, el activo deberá registrarse en las cuentas públicas con efectos en déficit y deuda pública, salvo que se hubiera trasladado el riesgo de construcción y de disponibilidad de forma conjunta.

La evaluación del riesgo de demanda exige analizar una serie de factores que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- Comprobar si la cuota que la Administración Pública debe abonar al contratista por la prestación de los servicios se calcula en función del nivel efectivo de la demanda. Por ejemplo el precio a pagar en virtud del contrato de servicios energéticos deberá tener en cuenta el consumo efectivo de la Administración, así como las variaciones en los precios de los combustibles y la electricidad.

- Presencia de cláusulas que garanticen pagos mínimos al contratista, o de aquellas que impongan limitaciones contractuales a la posibilidad de que el contratista realice beneficios adicionales. Por ejemplo el pago de una cantidad fija con independencia del nivel de servicios prestados, supone trasladar el riesgo de demanda a la Administración Pública.

- Comprobar que las tarifas por tramos de uso del servicio están calculadas sobre la base de estudios de calidad de variabilidad de la demanda. Por ejemplo la retribución al contratista por cada servicio prestado tiene que basarse en el coste de la prestación del servicio para un determinado umbral de calidad.

3. Recapitulación

– A efectos de evaluar la aplicación de los criterios fijados por el Eurostat en relación con la contabilización de las inversiones vinculadas a los CCPP de servicios energéticos, se debe llevar a cabo un análisis individualizado de cada proyecto para decidir sobre la clasificación del activo objeto del mismo como activo de la Administración Pública o del contratista.

– En cuanto a los contratos que se encuentran dentro del ámbito de la Decisión del Eurostat, la clasificación de los activos vinculados a un CCPP se realizará en función de qué parte contratante soporta los riesgos derivados de la propiedad del activo. Esto es la Administración Pública o el contratista:

- Si los riesgos genéricos son asumidos por la Administración, los activos vinculados al CCPP se contabilizarán en el balance del ente público por el coste total del activo, afectando en dicho importe a la deuda y el déficit público.

- Si los riesgos son soportados por el contratista, el activo se registrará en el balance del contratista y, por lo tanto, el contrato de servicios energéticos sólo tendrá efecto en el déficit y la deuda pública por las cuotas anuales que pague la Administración por los servicios prestados.

- Concretamente, a efectos de que los activos no se registren en el balance de las Administraciones Públicas, el contratista debe soportar necesariamente el riesgo de construcción y, al menos, uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda.

- En consecuencia, si se busca que un determinado proyecto CCPP no afecte a las cuentas públicas, se deberán cumplir los requisitos exigidos por el Eurostat en su Decisión relativos al reparto del riesgo de construcción, disponibilidad y demanda, teniendo en cuenta que en caso de que la forma jurídica contradiga la realidad económica será ésta la que prevalezca.

VI. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA COMO SERVICIO PÚBLICO

1. Caracterización general

La tercera tipología contractual aplicable es el contrato de gestión de servicios públicos (28), tipología que no es aplicable a la totalidad de los supuestos de contratos de gestión energética, puesto que si lo que sólo se pretende es establecer el suministro de energía para edificios municipales manteniéndose la reparación o la actividad en los citados edificios municipales por parte de los ayuntamientos, o entidades autonómicas, o estatales, no será aplicable este supuesto puesto que el art. 8 del TRLCSP habla de contrato de gestión de servicios públicos en aquellos casos en que una Administración Pública encomienda a un tercero la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la citada Administración.

En cualquier caso y dada la importancia en esta materia del alumbrado público deberá tenerse especialmente en cuenta el RD 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus Instrucciones técnicas complementarias EA-01 a EA-07.

2. Diferenciación de los contratos de servicios y posibilidad legal del uso de la modalidad de gestión de servicios públicos

Ha sido muy discutido con carácter tradicional la diferencia entre contrato de gestión de servicios públicos y contrato de servicios. En principio y sin perjuicio de las puntualizaciones que realizara la Junta Consultiva de Contratación, entendemos que la principal diferencia estriba en la prestación directa o no hacia la ciudadanía del servicio correspondiente, en tanto en cuanto los contratos de servicios son actuaciones hacia la Administración a la cual se presta servicios auxiliares para que siga manteniendo su competencia en el ejercicio directo hacia la ciudadanía, mientras que los contratos de gestión de servicios públicos implica la gestión total reservado a los términos de los pliegos correspondientes y al control y dirección de la administración titular

(28) También cabe en este supuesto la gestión directa, en este caso se puede consultar nuestra aportación GARCÍA RUBIO, F., *La organización administrativa de las formas de gestión directa de los servicios públicos locales*, El Consultor-Wolters-Kluwer, Madrid, 2011.

del servicio correspondiente que es de competencia administrativa (29) y que se ejerce de forma indirecta.

En ese aspecto, debemos señalar, tal y como afirma la redacción de *El Consultor* (30), que los citados contratos se concentran en tres características:

a) La Existencia de un servicio técnico, en el cual el administrado recibe prestaciones técnicas, asistenciales o económicas y no actos administrativos (lo cual sucede en el mantenimiento y gestión del servicio público de gestión energética);

b) Debe existir un servicio público, es decir, su titularidad es asumida por la Administración, a través de la relación de la noción de competencia administrativa por el servicio público (como veremos más adelante, el suministro de energía es un servicio público de competencia municipal); y

c) Se presta a los ciudadanos con respecto al principio de igualdad (lo que en el caso de los jardines y como característica del uso de los bienes de dominio público previsto por el art. 75.1.a) del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por RD 1372/1986, de 13 de junio, común general es indispensable).

En esa línea los arts. 25.1 y 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del régimen local, dispone que son servicios públicos locales cuando tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, disponiendo de forma expresa el art. 25.2.i) de dicha ley, de forma expresa, la competencia municipal en materia de alumbrado público y recogiendo en el art. 26.a un servicio público obligatorio para todos los municipios.

Esta circunstancia queda más precisada por la nueva redacción que de la LRBRL realiza la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, 27/2013, que especifica en su art. 1.ocho la atribución competencial para «la lucha contra la contaminación lumínica». E igualmente en el punto nueve de dicho artículo una nueva redacción del art. 26.a) siendo la primera obligación de los municipios el alumbrado público.

De hecho la jurisprudencia (STS de 17 de noviembre de 1986, 11 de julio y 5 de octubre de 1988) ha puesto énfasis en la noción de competencia administrativa como base del servicio público, y debiéndose considerar por tanto el título competencial como una habilitación expresa para la prestación de un servicio, que al ser de competencia municipal, será de carácter público.

Por tanto, al existir competencia expresa y consecuentemente conforme lo anteriormente señalado por el art. 25.1 LRBRL, la posibilidad de establecer un servicio de gestión energética municipal y gestionarlo de forma indirecta, puesto que no supone ni una complementariedad con la actividad de la Administración por su sustantividad propia ni tan solo el mantenimiento o conservación, toda vez que las instalaciones energéticas forman parte del entramado esencial

(29) Aunque no es una caracterización única, puesto que la STS de 11 de mayo de 2005 (FJ. 5º) y la de 16 de septiembre de 2004, no identifican competencia y prestación a los ciudadanos con servicios públicos. Igualmente el Tribunal Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 154, 192 y 220/2011) ha seguido esa línea. Al respecto GIMENO FELIÚ, J. Mº., op. cit., pág. 31 y CANTERA CUARTANGO, J. M., *Análisis práctico de las 400 primeras resoluciones del Tribunal administrativo central de recursos contractuales*, LA LEY-El consultor, Madrid, 2013.

(30) *Comentario al T.R.L.C.A.P.* 3.ª edición, 2000, El Consultor (LA LEY), pág. 759. Una visión más actual la tenemos en GIMENO FELIÚ, J. Mº., «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, Octubre-Diciembre de 2012, Civitas-Thomson-Reuters.

de la gestión municipal, determinándose ya desde la legislación de alumbrado, o la ya comentada sobre ahorro y eficiencia energética la existencia de esas funciones en cada municipio al Ayuntamiento correspondiente, debiendo por tanto cada Ayuntamiento a su vez gestionar dicha titularidad conforme los modelos que le otorgue la legislación y en concreto el art. 85 de la LRRL.

En la línea argumental antes descrita, los arts. 30 a 36 del aún vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (31) determinan que las corporaciones locales tendrán plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, tanto en orden personal como en el económico y en cualquiera de otros aspectos, por lo que en el supuesto de optar por la gestión indirecta, habrá que adoptar previamente un acuerdo plenario sobre adopción del servicio y la modalidad de prestación de éste.

Por otra parte, el referido RSCL explicita que las corporaciones determinarán las modalidades de prestación de este servicio y los derechos y deberes de los usuarios y gestores en los supuestos en que no se preste el servicio directamente por el Ayuntamiento.

Igualmente, tal y como se especifica por la doctrina en los comentarios en esta materia, y así Sala Arquer (32), la diferenciación la encontraremos en la existencia de una empresa gestora por una parte (el concepto de gestión lo abordaremos más adelante), y por otra parte el ejercicio de una actividad de servicio público, siendo la configuración tradicional de la fórmula de gestión de servicios públicos, mientras que los contratos de servicios surgen con la integración en la Ley 13/1995 de los contratos administrativos especiales regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por el que se regulaba los contratos de asistencia que celebraba la administración del Estado y sus organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios.

Otro de los puntos de distinción entre uno y otro tipo de contratos es, según Lliset Borrell (33), la del destinatario de los servicios, puesto que en los contratos de gestión de servicios públicos, el destinatario es el público o la ciudadanía en general en los contratos de servicios el destinatario es la Administración con carácter medial; por tanto, salvo que se entienda que los jardines son ámbitos parciales de la actividad administrativa y no zonas verdes para el disfrute y esparcimiento de los vecinos, el contrato a aplicar será el de gestión de servicios.

Lliset Borrell y Lliset Canelles (34) señalan que los contratos de servicios suponen obligaciones de actividad, realización de tareas para la administración de carácter intelectual (un arquitecto o un abogado que realicen funciones complementarias de carácter genérico para el servicio técnico o para el servicio jurídico), o en su caso, de carácter material o auxiliar (los servicios de mantenimiento o limpieza), por lo que un servicio estable, permanente y generalista como el de jardinero no podría ubicarse entre estos contratos de servicios.

Otra de las diferenciaciones clásicas es la consignación de que los contratos de gestión de servicios requieran de la financiación mediante tarifas cobradas al público, lo cual no procede en los supuestos de las prestaciones energéticas, puesto que ya desde la Resolución de 17 de mayo de 1991 (BOE n.º 145 de 18 de junio) de la Dirección General del Patrimonio del Estado,

(31) Un reciente estudio actualizado de la citada disposición lo tenemos en la obra colectiva *Reglamento de servicios de las corporaciones locales*, LA LEY-El Consultor (Wolters Kluwer), 3.ª edición, 2013.

(32) SALA ARQUER, J. M., en «El contrato de servicios», pág. 265 de la obra colectiva *Contratación pública*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

(33) LLISSET BORRELL, F. y LLISSET CANELLES, A., *Manual de contratos públicos*, Bayer Hnos, S.A., Barcelona, 2002, pág. 342.

(34) LLISSET BORRELL, F. y LLISSET CANELLES, A., *Manual de ...*, op. cit., pág. 412.

no es esencial la existencia de tarifa e, igualmente, debemos destacar que el art. 21.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo, impide exigir tasas por diversos servicios, entre ellos el de alumbrado de vías públicas, que son o pueden ser objeto de gestión indirecta, por lo cual no necesariamente debe existir contraprestación directa vía tarifaria por el ciudadano en el contrato de gestión de servicios públicos.

Así, tal y como recuerdan Moreno Molina y Pleite Guadamillas (35), la Junta Consultiva de Contratación ha diferenciado ya esa modalidad al señalar en su informe 41/1995, de 21 de diciembre, «un servicio público titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares». Cabe por tanto plantearse si el usuario de los efectos de la eficiencia energética está usando un servicio público, o disfruta de un bien público, que se ha adecuado mediante una colaboración externa a través de un contrato de servicios.

No obstante lo anterior la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (36), la doctrina (37) y la jurisprudencia del TJUE optan por la existencia acumulativa de tanto la competencia pública y su prestación directa hacia la ciudadanía, como necesariamente (para los supuestos de concesión) la asunción de un riesgo de explotación, circunstancia esta que en nuestro supuesto de los contratos de servicios energéticos indudablemente concurre, puesto que solo existe beneficio para el contratista si se reducen los consumos, asumiendo ese riesgo.

Como argumento en contra de la idoneidad del contrato de servicios para la realización de la gestión energética municipal, deberemos de señalar dos tipos de argumentos: por una parte los de legalidad basados en la congruencia de la clasificación y por otro los de oportunidad referidos a la mayor intensidad de las potestades administrativas en la dirección y ejecución del contrato en el de gestión de servicio público.

En lo referente a la legalidad debemos señalar que la STS de 30 de octubre de 2001, señala que la exigencia de clasificación administrativa es un requisito insoslayable en los contratos de servicios que exceden de determinada cuantía, en el momento de la impugnación que dio lugar a la sentencia y con la legislación entonces y que hoy es exigible en los términos del art. 65 del TRLCSP y los arts. 37 y siguientes del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

En esa línea (la clasificación), debemos señalar que tan solo en la sección F, grupo 45.3, en dos subgrupos donde se contemplan epígrafes asemejables a las prestaciones aquí estudiadas, las 45.31 y 45.32 sobre Instalación eléctrica y Aislamiento térmico, acústico y antivibratorios, al señalarse en el referido apartado del art. 25 I del RGCAP Grupo I) Instalaciones eléctricas, disposición ésta que abriría la posibilidad de utilización del contrato de obras –aunque mediante concurso– y exigencia de clasificación administrativa a las empresas, y también conforme al art. 37 del indicado RD 1089/2001, en el Grupo P) Servicios de mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones, Subgrupo 1. Mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones.

(35) MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *El nuevo reglamento de contratación de las Administraciones Públicas*, LA LEY, Madrid, 2002, pág. 202.

(36) Informes 26/09, de 1 de febrero y 23/2010, de 23 de julio.

(37) GIMENO FELIÚ, J. M^a., «Delimitación conceptual ...», op cit., pág. 33.

Por lo que respecta a la oportunidad o capacidad de dirección por parte del Ayuntamiento, la superioridad del contrato de gestión de servicios es evidente, puesto que el art. 279.2 del TRLCSP señala que «en todo caso la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate»; mientras que en los contratos de servicios, los arts. 305 y 307 de dicha norma tan solo existen capacidades para dar instrucciones de interpretación de los pliegos, siendo el contratista el responsable de la calidad técnica del servicio.

Como último de los criterios clarificadores para la adopción de una modalidad u otra de contratos, deberemos de recurrir a la práctica administrativa comparada y así podemos señalar la existencia de prestaciones contractuales en materia de gestión energética mediante contrato de gestión de servicio público en varios ayuntamientos de la Comunidad de Madrid (Galapagar, Parla, Collado Villalba), no habiendo sido los actos administrativos habilitadores para la suscripción de los correspondientes contratos impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por lo cual gozan de plena ejecutividad y adecuación al ordenamiento jurídico. A los efectos, por tanto, del análisis de dicho precedente se adjunta los correspondientes documentos demostrativos.

La capacidad y posibilidad de interpretar la aplicación de uno u otro tipo de modalidad de contratación se añade a la falta de una línea jurisprudencial clara, toda vez que la doctrina del Tribunal Supremo ha diferenciado claramente las distinciones de aplicación entre contrato de obras y contrato de servicios y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1999, circunstancia esta que no se ha producido para la distinción entre contrato de servicios y contrato de gestión de servicios, o en lo que Ballesteros Fernández (38) señala como la posibilidad de configurar dichos contratos tanto como contrato de gestión de servicios públicos, como meros contratos de servicios del TRLCAP (ahora TRLCSP).

Siendo, por tanto, posible conforme a los principios anteriormente señalados la suscripción de dicho tipo de contrato de gestión de servicio público en materia de gestión energética y además dadas las potestades y capacidades de policía administrativa que la legislación confiere más beneficioso para el interés general, que es lo que determina la obligación general del art. 103.1 de la Constitución y por tanto la modalidad que debería adoptarse conforme los argumentos descritos.

Deberemos de concluir en la línea argumental anteriormente sostenida que siendo legalmente posible la realización de contratos de servicios, conforme al art. 301 del TRLCSP, también es perfectamente viable la realización de contratos para la gestión del servicio público en la materia descrita y conforme los argumentos reseñados, para lo cual debemos destacar, tal y como se señala por la redacción de *El Consultor* (39) que los contratos de servicios tienen un carácter residual con respecto al resto de las tipologías previstas por la Ley de Contratos, con lo que por su especificidad sólo serán posibles en ausencia de aplicación de otro tipo de contrato, siendo, por tanto, subsidiarios en el ámbito que nos ocupa del contrato para la gestión de los servicios públicos.

Por tanto y conforme todo lo expuesto, deberemos de señalar la idoneidad y perfecta adecuación a derecho del uso del contrato de gestión del servicio público para la jardinería

(38) BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *Manual de Derecho Local*, 4.ª ed., Comares, 1998, pág. 359.

(39) Redacción de *El Consultor*, *Comentario...*, op. cit., pág. 860.

municipal; debiéndose, eso sí, y con carácter previo a la elaboración de los correspondientes pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas que deberán regir dicha contratación realizar los siguientes pasos y fases:

1º) Determinación expresa conforme al art. 26 de la LRBRL del Servicio Municipal de gestión energética implicando éste la conservación, mantenimiento y, en su caso, explotación de las instalaciones municipales; pudiendo abarcar, tanto aquellas que sean de carácter demanial como, en el caso de que existieren, los de naturaleza patrimonial.

2º) Determinación expresa, mediante acuerdo plenario (idéntica regla que en el caso anterior) de la forma de prestación del servicio, debiéndose optar, lógicamente, por la gestión indirecta mediante alguna de las fórmulas previstas en el artículo 85 de la LRBRL en relación con el TRLCSP y el RSCL.

3º) Inicio del expediente de contratación y aprobación de los pliegos por el órgano competente, según la cuantía y duración estimada del contrato (Alcaldía, Pleno o junta de Gobierno, u otro por delegación de alguno de los tres anteriores).

4º) Licitación y adjudicación a la mejor oferta del contrato de gestión del servicio y comienzo de la prestación de éste.

Por tanto podemos concluir que en la materia de gestión energética, relacionado con la competencia municipal sobre gestión de sus edificios y en especial la de alumbrado público en los municipios es perfectamente posible el encomendar la gestión y conservación de los suministros energéticos mediante contrato administrativo al efecto a una empresa, ubicada esta modalidad dentro de la contratación de gestión de servicio público, pero siendo también viable la determinación de un contrato de servicios para la colaboración directa con la administración manteniendo esta la gestión propia, aunque en este segundo supuesto de carecerá de las prerrogativas que la ley otorga a la administración sobre los gestores de servicios públicos (sanciones, rescate de la concesión, etc.) y el horizonte temporal será mucho menor con la consecuente menor inversión y oferta proporcional de los licitadores.

Cuestión aparte es la clara posibilidad establecida por el TRLCSP del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de instalaciones energéticas mediante el correspondiente pliego de condiciones al efecto, pero esa posibilidad es de por sí objeto de un análisis diferenciado y por tanto no vamos a entrar en dicha modalidad en este apartado.

3. Modalidades del contrato de gestión de servicio público de eficiencia energética

Así la existencia de cualquier competencia que implique un servicio público en los términos de la legislación reguladora de ese servicio correspondiente, ya sea estatal, autonómica o local (en este caso la estatal y autonómica o la prevista en los arts. 25, 26 85 y 86 de la LRBRL) determinará las competencias y servicios públicos susceptibles de este tipo de gestión.

En cualquier caso no podrán gestionarse mediante el contrato de gestión de servicios públicos los servicios que empleen ejercicio de autoridad inherente a poderes públicos, tal y como se determina en el art. 275 del TRLCSP y en el art. 85.3 de la LRBRL.

En el contrato de gestión de servicios públicos son admisibles cuatro modalidades conforme al art. 277 TRLCSP al cual remiten por ejemplo el art. 85.2 de la LRBRL, y así nos encontramos con las cuatro posibilidades allí previstas.

El límite del contrato de gestión de servicios públicos tiene un horizonte temporal máximo de 50 años cuando se realicen obras o explotación de servicio público, 25 años también para los que comprendan solo a la explotación de un servicio público salvo servicios sanitarios y diez años para la explotación de un servicio público de carácter sanitario.

El contratista se debe elegir mediante un procedimiento licitatorio, necesariamente sometido al procedimiento abierto, no obstante no se exige clasificación en este tipo de contratos y es perfectamente posible utilizar los procedimientos de urgencia reduciendo los plazos a la mitad.

En este tipo de contratos los licitadores que tengan finalmente la condición de concesionario, gestor interesado, etc, una vez seleccionados son meramente gestores indirectos de un servicio público y por tanto la Administración mantiene sobre ellos las potestades de policía, inspección y desde luego interpretación del contrato, así como la dirección del servicio.

Ahora bien, esta dirección queda supeditada a los pliegos de condiciones que regirán la licitación correspondiente no pudiéndose variar en el contrato más que las formas y condiciones previstos con carácter general por el TRLCSP. Obviamente el contratista percibe una retribución en los términos y condiciones establecidos en los pliegos por la prestación de sus servicios, estando sometido a la revisión de precios en los términos del TRLCSP, que será la cuestión más problemática dado lo incierto, en el horizonte temporal de los precios de la energía.

VII. OTRAS POSIBILIDADES Y MODELOS ATÍPICOS

1. Contrato administrativo especial

También podrían considerarse como un contrato administrativo especial de los previstos en el TRLCSP, esto es, con carácter de *numerus apertus* de las tipologías contractuales siempre que haya una norma que así los clasifique como administrativos.

Esta posibilidad tiene su base en la naturaleza de la prestación regulada por normas administrativas pero le falta una configuración legal que especifique dicha concepción de forma expresa, no obstante, la amplia doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre consideración de contratos administrativos especiales de aquellas tipologías contractuales que no se encuentran expresamente recogidas dentro de los contratos nominados del TRLCSP.

Ahora bien dicho contrato administrativo especial, en el supuesto de que así fuera considerado no tendría especiales modalidades en cuanto a la selección ni adjudicación del contratista, puesto que rigen enteramente las normas para el previsto TRLCSP sin especialidades de ningún tipo, salvo que una norma con rango legal así las especificara, circunstancia ésa que en cuanto a la selección y adjudicación parece imposible por la relevancia comunitaria de la contratación, en base a las directivas de la Unión Europea en la materia y singularmente la 2004/18/CE.

2. Concesión demanial

Otra posibilidad sería la concepción de este tipo de contratos como una concesión demanial, circunstancia ésta que la apartaría del ámbito de aplicación del TRLCSP al menos en relación con determinados aspectos sustantivos del contrato, en tanto en cuanto el propio art. 4.o) del TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación los negocios patrimoniales (40), esto es, los aprovechamientos demaniales que se rigen por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, por las diversas leyes de patrimonio de todas y cada una de las Comunidades Autónomas y en el ámbito local, con respecto a la legislación básica estatal y en su caso de las Comunidades Autónomas, por el RD 1372/1986, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales que recuerdese tiene carácter y naturaleza básica.

En ese sentido, la citada concesión demanial tiene la ventaja que puede instarse o propiciarse por parte del contratista, circunstancia ésta recogida en el artículo 82 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, existiendo en caso de que fuera aprobado el proyecto del licitador presumible, esto es aquél que instó el proyecto con un 10% de derecho de tanteo y retracto sobre la mejor oferta, circunstancia ésta muy favorable a los proyectos innovadores y más, como en el caso que nos ocupa, implican una fuerte inversión.

De hecho ésta solución es la que mayores facilidades para la amortización de las inversiones realizadas tendría, puesto que en el ámbito local podríamos llegar a los 75 años de concesión, toda vez que así lo permite la legislación de bienes.

La selección y adjudicación, por su parte, por remisión de la legislación patrimonial se remitiría a la legislación de contratos en cuanto a la necesidad de aprobar unos pliegos que además son fundamentales, puesto que rigen todo el proceso de no sólo adjudicación, sino especialmente de gestión y explotación. La principal problemática que podemos encontrar en la exclusión de esta fórmula contractual en relación con los contratos de servicios energéticos es que el aprovechamiento privativo supone una exclusión en base a un título concesional, de cualquier otro tipo de usuario directo, siendo la naturaleza esencial de los contratos de gestión de servicios energéticos el suministro de energía a la Administración y la realización de las inversiones necesarias para la obtención del lucro mediante la rebaja del consumo, puesto que las cantidades de consumo vienen predeterminadas por un sistema tarifario de carácter público.

En ese sentido que la propia Administración ceda sus edificios a un tercero implicaría la imposibilidad de usarlo por ella misma, perdiendo la naturaleza pública de dichas edificaciones y perdiendo todo el sistema una justificación y congruencia en el ámbito de la contratación administrativa.

3. Contrato privado

Otra cuestión a tener en cuenta es la posibilidad de realización de contratos privados de la Administración en base a la disposición del art. 20 del TRLCSP, circunstancia muy difícil en tanto en cuanto las categorías anteriormente analizadas de suministros, de servicios, colaboración pública-privada, mixto o incluso gestión de servicio público, suponen, en buena medida, una

(40) En ese sentido, tal y como recoge GIMENO FELIÚ, J. M^a., «Delimitación conceptual ...», op. cit., pág. 24, el objeto de las concesiones de obras es, por definición, distinto del de las concesiones de servicios, tal y como se deriva de la STJUE, de 26 de abril de 1994 (caso Lottomatica) y aunque nos encontramos ante un negocio jurídico distinto bien podría extenderse a esta modalidad.

afirmación de la naturaleza administrativa de la prestación, por lo que, conforme a la propia determinación del TRLCSP estarían excluidos de esa naturaleza privada.

En cualquier caso, en el supuesto de considerarse así deberían de aprobarse igualmente los pliegos correspondientes, puesto que conforme al 20.2 del TRLCSP la preparación del contrato y la selección del contratista se someterían al régimen jurídico público de actos separables analizado por Bernard Frank Macera e históricamente por García Trevijano (41).

Ahora bien esta modalidad es la que deben utilizar las entidades integrantes del sector público que no tengan la condición de AAPP.

VIII. CONCLUSIONES

Como conclusión del presente trabajo debemos señalar que la eficiencia energética es una obligación recogida para las Administraciones Públicas no sólo por la realidad presupuestaria y de sostenibilidad ambiental, expresamente determinadas por el aspecto actual de crisis económica por la LO 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, así como por los compromisos de España en el seno de la Unión Europea de reducción de emisiones, y por tanto optimización de los consumos, sino también una realidad jurídico positiva en el ámbito de las Administraciones Públicas de adaptar sus instalaciones y edificios a la normativa del RD 235/2013 sobre certificación de eficiencia energética y por tanto, adaptar todas sus instalaciones a dichas determinaciones.

En ese sentido dichas adaptaciones se pueden realizar bajo un prisma diverso de modalidades contractuales por parte de la Administración, toda vez que es imposible que se realicen por medios y funciones propias en toda su intensidad, puesto que al menos algún contrato de suministro o de servicios habría que implementar, siendo además con carácter general dada la situación presupuestaria y financiera de la mayor parte de las Administraciones, una necesidad el diferir el pago especialmente en relación con las amortizaciones de las inversiones a realizar, circunstancia ésta por la que es esencial la colaboración del sector privado.

Para la consecución de esos objetivos debemos destacar que junto a la normativa específica que establece la obligación de adaptación a las normativas europeas se está produciendo una clara propiciación desde tiempo atrás mediante técnicas de fomento, que fundamentalmente se canalizan en el seno de la Administración General del Estado a través del Instituto de Diversificación y Ahorro Energético, el cual ha aprobado un modelo tipo de contrato, que con sus virtudes y sus defectos tiene una máxima difusión en todo el territorio nacional.

En esa línea de fomento debemos destacar que la reciente Ley 8/2013, sobre Rehabilitación, Renovación y Regeneración Urbana recoge de forma expresa en sus arts. 18 y 19 como uno de los objetivos para la cooperación interadministrativa en materia de regeneración, renovación y rehabilitación la implantación de modelos de eficiencia energética en las edificaciones, no sólo públicas, como viene siendo el caso de los anteriores aspectos analizados, sino también de carácter privado incluso con comunidades de propietarios.

A tal efecto debemos destacar que los modelos posibles desde un punto de vista de la contratación pública regulada en el marco del derecho comunitario por el Texto Refundido de

(41) GARCÍA TREVIANO, J. A., «Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del hotel Andalucía Palace de Sevilla», *Revista de Administración Pública*, 28, (1959), pág. 227 y ss., y MACERA TIRAGALLO, B.-F., *La doctrina de los actos separables en la contratación administrativa. El ejemplo del derecho francés*, Cedecs, Barcelona, 2002.

la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre se centran fundamentalmente en la figura del contrato de colaboración público-privado, el contrato mixto de suministros y servicios (o suministros y obra) y el contrato de gestión del servicio público, puesto que el resto de las modalidades, máxime tras la obligación recogida en el TRLCSP de pago al contratista en el plazo de 30 días por la transposición de las disposiciones relativas a la morosidad, que recuérdese han generado tres planes de pagos a proveedores en el seno de nuestra Administración especialmente local, con los Reales Decretos-Leyes 4 y 7/2012 y 8/2013, hacen difícilmente viable en el marco presupuestario y de reducción de ingresos de las Administraciones Públicas, singularmente las sometidas a Planes de Ajuste, de la configuración de otras tipologías contractuales que no difieran el pago o hagan recaer sobre el contratista las inversiones que indefectiblemente deben asumirse para la reducción de consumos energéticos sin perder la calidad en la prestación de los servicios de suministro energético para las diversas instalaciones publicas.

En ese sentido, debemos destacar que la complejidad vinculada al proceso de diálogo competitivo y lentitud desde un punto de vista de tramitación con los requisitos previstos en el TRLCSP del contrato de colaboración público-privado hacen a éste, si bien es técnicamente muy adecuado tal y como se ha fomentado desde el IDAE, bastante inadecuado en relación con el principio de eficiencia en la contratación, esto es, la consecución en un plazo adecuado de un objetivo necesario.

Igualmente el proceso de diálogo competitivo en el seno de nuestras Administraciones no está interiorizado y supone un cambio radical en la concepción de la institución contractual incorporando técnicas negociales no muy asumidas por el acervo cultural administrativo español y que pueden dar lugar, dada la picaresca existente en nuestra sociedad y Administraciones que no sean ajenas a esto, por no hablar de una corrupción bastante importante, de problemas en relación con dicha licitación.

Pero en cualquier caso debemos destacar que para las Administraciones Locales dicho contrato tiene una excesiva dificultad en la tramitación para la escasez de medios de que disponen. No obstante debemos señalar que existen diversas experiencias en la materia, tal y como se refleja y propicia desde el IDAE.

Una segunda cuestión a tener en cuenta es si el ámbito objetivo del contrato de gestión de servicios energéticos implica todos los suministros energéticos que debe tener la Administración, puesto que en el caso de las Administraciones Locales la importancia cuantitativa del suministro de energía eléctrica que por su naturaleza de prestación directa hacia los ciudadanos, debe ser considerada en el marco del art. 26 LRBRL como servicio público, podría facilitar la figura del contrato de gestión de servicio público mediante concesión, o en su caso gestión interesada, pero fundamentalmente en el marco de objetivos que estamos planteando el de concesionario, toda vez que en este caso la Administración otorgante simplemente tendría que regular la prestación mediante los correspondientes pliegos y vigilar la ejecución e inspección del servicio público gestionado, ahorrándose inversiones y gastos de gestión, obteniendo simplemente el suministro en las condiciones previstas, siendo el plazo posible para la amortización del inversor bastante más amplio que en cualquiera de los supuestos que hemos visto con anterioridad.

Finalmente el tercer supuesto se obtendría, en nuestra opinión, por el descarte, en este supuesto nos encontraremos con la figura del contrato mixto de servicios y suministros o de

suministros y obra, que permite un plazo superior y que integra las dos tipos de prestaciones de las obras a realizar o bien los servicios a ejecutar junto con el suministro de energía eléctrica.

Suministro que siempre estará pendiente de la tarifa, cuestión que en cualquiera de los tipos de los pliegos recogidos debe contemplarse, esta tarifa objeto de arduas polémicas en nuestro país, siempre pendiente de liberalización desde la Ley del Sistema Eléctrico de 1997, es la clave del coste mayor o menor de los servicios realizados, aunque la incorporación de técnicas de gestión privada recae específicamente, entendemos que puede ser, sobre todo en el marco presupuestario actual de reducción de servicios, un factor esencial a la hora de esta configuración.

Por tanto entendemos que los contratos de gestión energética no sólo son posibles y válidos sino son auspiciados y fomentados en la Administración General del Estado desde el legislador y son elementos indispensables que en el marco actual requieren una colaboración privada para la adecuada consecución de sus objetivos, debiéndose ajustar a las determinaciones de la legislación de contratos.



Acuerdo corporativo para la interposición de un recurso contencioso-administrativo

*Por Jesús María Chamorro González
Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo. Presidente de la Sala de lo
Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.*

**Comentario
a la STS
(Sala 3.ª)
de 7 de febrero
de 2014**

Centramos nuestra atención en este comentario en la sentencia dictada con fecha 7 de febrero de 2014 por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la que se desestima el recurso de casación interpuesto por los recurrentes contra la fecha 20 de junio de 2011 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los recurrentes contra la resolución de fecha 20 de diciembre de 2007, dictada por el Consejero de Ordenación del Territorio y Vivienda, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Toledo, de fecha 11 de mayo de 2004, por el que se aprobó el Plan de Ordenación Municipal de Madridejos (Toledo).

Sin duda nos encontramos ante una muy interesante sentencia que aborda, de forma exhaustiva, uno de los problemas que de manera reiterada se producen en la práctica de los órganos judiciales de este orden jurisdiccional, y que ha dado lugar a no pocos pronunciamientos jurisprudenciales en los últimos tiempos. Lo anterior no es de extrañar si nos atenemos a una realidad en la que las personas jurídica y en concretos las sociedades mercantiles son en muchas ocasiones las que impetran la tutela judicial en la vía contencioso-administrativa.

Así pues destacamos en primer lugar la oportunidad que nos da esta sentencia para actualizar y recordar la doctrina jurisprudencial sobre la materia. Pero sin duda la cosa no se queda aquí ya que se aborda el problema planteado, a saber, los supuestos en los que la sociedad mercantil tiene un único administrador societario.

A partir de este presupuesto la sentencia analiza las posturas que la doctrina jurisprudencial ha tenido sobre el problema, partiendo del hecho de que la respuesta no ha sido ni mucho menos unánime, deteniéndose en las diferencias entre representación y administración, especialmente desde el punto de vista de la regulación legal que contiene la legislación mercantil y la propia ley Jurisdiccional. Para el Alto Tribunal la existencia de un único administrador societario no supone

necesariamente que éste ostente la competencia para la administración y la gestión de manera exclusiva y excluyente, por lo que si una parte procesal la pone en tela de juicio, descansa sobre la sociedad acreditar la concreta situación que al respecto mantiene la sociedad recurrente. Tiene por tanto ésta la carga de aportar sus estatutos u otros documentos que acrediten que no existe excepción a lo que suele ser la práctica habitual y ciertamente se entiende como algo habitual y razonable, pero en la necesaria y cierta prevención de que ante la puesta en duda de esa circunstancia por una parte, la carga de acreditar la realidad de las cosas le corresponde al recurrente a través de cualquier medio válido en derecho, si bien la sentencia cita, como hemos dicho, los que considera más adecuados a este propósito.

La sentencia

1. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Legitimación activa. Representación de sociedad de responsabilidad limitada en el proceso de impugnación del Plan de Ordenación Municipal de Madrideojos. Administrador único. La aportación del poder de representación y la liquidación de la tasa para el ejercicio de acciones judiciales, se consideran suficientes para considerar cumplida la carga del art. 45.2 d) LJCA, siempre y cuando no se suscite controversia sobre la cuestión de la legitimidad en el proceso. En el caso, requerida a la administradora de documentación adicional y permaneciendo inactiva a lo largo del proceso, se considera conforme a derecho la inadmisibilidad apreciada por la sala de instancia. Doctrina jurisprudencial sobre la representación de las sociedades mercantiles en los procesos contencioso-administrativos.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 7 febrero 2014. Ponente: Oro-Pulido López, Mariano de. [Rº Casación 4749/2011]. LA LEY 5806/2014.

Disp. aplic.: LJCA 1998: art. 45.2.d.- TR LPL: arts. 62 y 63.

Tasa por prestación de servicios. Sentencia que declara disconforme a derecho la utilización de una estación de autobuses por la que se exige la tasa

Por Jesús María Chamorro González

Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

**Comentario
a la STS
(Sala 3.ª)
de 3 de febrero
de 2014**

Nos detenemos en el análisis de la sentencia dictada por al Sección Segunda de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 3 de febrero de 2014, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª), con sede en Burgos, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que declaró nulo el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Segovia de 22 de diciembre de 2008, por el que se aprobaron definitivamente las modificaciones de las ordenanzas

fiscales reguladoras de las tasas e impuestos y las disposiciones generales de precios públicos, con efectos a partir del 1 de enero de 2009, «en lo que se refiere a la modificación de la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por el servicio de Estación Municipal de Autobuses».

Parte el Alto Tribunal del concepto de hecho imponible de las tasas como contraprestación económica por la percepción de un servicio público, para entender que en el caso que decide no se puede girar una tasa por la prestación de un servicio que no se acomoda a derecho. En efecto, la tasa litigiosa, y que como ya hemos dicho se gira por el servicio de estación municipal de autobuses, resultando que existe una sentencia ya firme dictada por la misma Sala Territorial de que la dimana la sentencia de la instancia que declaro que la instalación existente en el Municipio de Segovia destinada al aparcamiento de autobuses, desde un punto de vista técnico jurídico, no tiene la consideración de estación de autobuses, al no reunir los requisitos exigidos como mínimo para tener tal condición en el art. 184 del RD 1211/1990, por tratarse de una mera instalación de titularidad municipal destinada al aparcamiento de autobuses, no habiéndose instado ante la Dirección General, ni con carácter previo, ni posterior a la aprobación del Reglamento, el otorgamiento de la autorización administrativa preceptiva para el establecimiento de una Estación de transportes por carretera. Así las cosas se concluye que la instalación existente no fue considerada de facto, ni podía serlo jurídicamente, por la Junta de Castilla y León, como una Estación de Servicios, ni materialmente reunía las condiciones técnicas para ello, declarándose, en consecuencia, la nulidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Segovia de 29 de noviembre de 2006 por el que se aprueba definitivamente el Reglamento para la Estación de Autobuses, ya que dicha reglamentación solo podrá aprobarse cuando se cuente con la autorización preceptiva y las instalaciones precisas.

Las consecuencias de lo anterior y más en concreto de esa imposibilidad jurídica, judicialmente declarada, de considerar la instalación como una estación de autobuses, son definitivas para la sentencia que comentamos en orden a la viabilidad de poder exigir una tasa como contraprestación por los servicios prestados en esa instalación.

La sentencia

2. TASAS. Servicio de estación municipal de autobuses. Ayuntamiento de Segovia. Se confirma la nulidad del acuerdo del Pleno que aprobó la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por el servicio de estación municipal de autobuses. La instalación no reúne los requisitos exigidos legalmente, ya que no tiene concedida la correspondiente autorización administrativa de la Consejería competente en materia de transportes de la Junta de Castilla y León. Declarada por sentencia firme la ilegalidad de la mencionada instalación, no puede la Entidad local exigir una tasa que se vincula a una situación que no es conforme a Derecho.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 3 febrero 2014. Ponente: Huelín Martínez de Velasco, Joaquín. [Rº Casación 481/2011]. LA LEY 3289/2014.

Disp. aplic.: L 5/2009 de 20 Oct. CA Madrid (ordenación del transporte y la movilidad por carretera) : art. 128.1.- L 15/2002 de 28 Nov. CA Castilla y León (transporte urbano y metropolitano) : disp. adic. 4.

Responsabilidad patrimonial de la Administración. Servicios de notificación de resoluciones judiciales

Por Jesús María Chamorro González

Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

**Comentario
a la STS
(Sala 3.ª)
de 20 de enero
de 2014**

Afrontamos en este comentario el análisis de la sentencia dictada con fecha 20 de enero de 2014 por la Sección Sexta de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por la que se estima el recurso de casación interpuesto por los recurrentes contra la sentencia de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 16 de mayo de 2011, que estimó el recurso contencioso administrativo, interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios de los Procuradores de los Tribunales, contra la desestimación presunta por la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía de su reclamación de responsabilidad patrimonial.

En primer lugar la sentencia se ocupa del problema de la motivación de la sentencia de la instancia, y lo hace para estimar este motivo de casación. En efecto, se hace una exposición de la doctrina jurisprudencial al respecto para concluir que en el caso que se decide no existe un razonamiento que permita relacionar los requisitos para la concurrencia de responsabilidad patrimonial, que si refiere, con los elementos facticos que concurren en el caso que se resuelve. Se refiere especialmente a la

ausencia de alusión a la relación de causalidad que se dice concurre pero que no vincula con el caso particular, sin realizar ni siquiera comentario al respecto.

La estimación del recurso de casación por emotivo expuesto, obliga al Alto Tribunal a entrar en el fondo del asunto en relación con la estimación o no del recurso contencioso-administrativo interpuesto, y en esta línea sitúa la cuestión en la eventual responsabilidad patrimonial de la CC.AA. de Andalucía por no atender las obligaciones derivadas de la ley en relación con la provisión de medios materiales y económicos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, que fueron transferidos a la Junta de Andalucía, desde la Administración del Estado.

Según la sentencia, para que el daño sea indemnizable es necesario que se trate de una lesión antijurídica, es decir, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar. En el caso que decide la organización del servicio de entrega de documentos es impuesta por el art. 28 LEC a los Colegios de Procuradores, por lo que pesa sobre los mismos el deber jurídico de soportar las consecuencias del cambio legislativo que le impone la organización del indicado servicio.

La sentencia se refiere también a la relación existente entre la justificación en su día dada a la modificación de los aranceles profesionales de los Procuradores de los Tribunales y la asunción de nuevas funciones, entre ellas la del traslado de escritos y copias. También se refiere la sentencia a que si bien el Tribunal Superior de Andalucía había dictado sentencias estimatorias en relación a este problema, estas lo habían sido en relación a los gastos generados en un determinado año, cambiando posteriormente su criterio en toros ejercicio y dictado sentencias desestimatorias.

En relación al argumento de similitud entre este servicio y el de justicia gratuita, la sentencia los diferencia claramente, al ser este segundo abonado el última instancia con cargo al presupuesto del Ministerio de Justicia.

La sentencia

3. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Administración autonómica. COLEGIOS PROFESIONALES. De Procuradores. Anulación de sentencia que declara la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los gastos soportados por los Colegios de Procuradores de Andalucía, como consecuencia de la prestación por los procuradores del servicio de traslado de copias de escritos y documentos en el ejercicio 2002. Denegación de la indemnización solicitada, por cuanto el daño padecido está impuesto por el cambio legislativo que supuso la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. LEGITIMACIÓN PASIVA. De la Junta de Andalucía, en tanto es la destinataria del traspaso de funciones en materia de Justicia, previsto en los RD 141 y 142/1997. FALTA DE MOTIVACIÓN. La sentencia de instancia no anuda los requisitos establecidos para la exigibilidad de responsabilidad patrimonial con las circunstancias concretas planteadas en la demanda.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 20 enero 2014. Ponente: Riego Valledor, José María del. [Rº Casación 6299/2011]. LA LEY 727/2014.

Disp. aplic.: LRJAP-PAC: arts. 139 y 141.- CE: arts. 24, 106 y 120.3.- LEC: arts. 28 y 218.

Motivación y justificación de servicios mínimos en servicios públicos en los supuestos de ejercicio del derecho de huelga

Por Jesús María Chamorro González

Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

**Comentario
a la STS
(Sala 3.ª)
de 17 de enero
de 2014**

Comentamos a continuación la sentencia de fecha 17 de enero de 2014 dictada por la Sección Séptima de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2012 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto contra la Resolución del Secretario de Estado de Seguridad de 26 de marzo de 2012, por la que se determina el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales durante el desarrollo de la huelga general de ámbito estatal convocada para el día 29 de marzo de 2012.

Antes de entrar en el fondo del asunto la sentencia se ocupa de señalar que es admisible un recurso de casación cuando se alega de un lado la falta de motivación en relación con una pretensión instada y no contestada, y de otra la motivación de fondo sobre el motivo aducido. En efecto, no es que la parte recurrente en casación haya planteado la misma cuestión por dos cauces diferentes a la vez, sino que suscita cuestiones distintas. Una, la que es objeto del primer motivo, se refiere al cumplimiento de las reglas que regulan la sentencia: denuncia la ausencia de respuesta a una de las pretensiones, la relacionada con los porcentajes. El segundo, en cambio, se refiere, no a la forma, sino al fondo: la insuficiencia de la motivación ofrecida por la sentencia.

Se centra la sentencia en algunas cuestiones que no por reiteradas es importante de poner de relieve. En efecto, los problemas generados por el establecimiento de servicios mínimos y el alcance de los mismos, así como de la motivación y justificación de la actuación administrativa que los determina, ha dado lugar a una nutrida doctrina jurisprudencial que esta sentencia del Alto Tribunal trata de condesar.

Así, se sostiene que para que pueda considerarse justificada la limitación del derecho fundamental a la huelga, ha de haber una explicación en la resolución que se dicte para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, motivación referida a la esencialidad de dichos servicios y, también, de la entidad de los mínimos que deben respetarse. Motivación que ha de hacerse en concreto, es decir, a la vista de las particulares circunstancias que concurren en la singular convocatoria de que se trate, de manera que no sirve la que sea genérica e indeterminada y, por tanto, desentendida del contexto específico de la huelga afectada. Esta concreción debe observarse, igualmente, en la definición del porcentaje o del número de trabajadores afectados por el mantenimiento

de los servicios considerados imprescindibles. Esto significa, en casos como el presente en los que se acude a porcentajes, que deba explicarse por qué se señala uno determinado y no otro distinto. Es decir, por qué el 25%, el 50% o el 75% y no, por ejemplo, el 30%, el 45% o el 70. Explicación siempre imprescindible cualquiera que sea el que se establezca porque siempre implicará una limitación al ejercicio del derecho fundamental a la huelga. Y, si se elevan al 75% o, no digamos, al 100% que significa, no ya una limitación, sino la imposibilidad de ejercer ese derecho, la necesidad de la explicación se hace, si cabe, aún más imprescindible.

La sentencia

4. HUELGA. Servicios mínimos. Seguridad privada adscrita a los servicios declarados esenciales durante el desarrollo de la huelga general convocada para el 29 de marzo de 2012. La resolución administrativa dictada para la fijación de los servicios mínimos adolece de suficiente justificación sobre la esencialidad de los servicios de seguridad privada en hospitales, Juzgados, Tribunales y dependencias de la Administración Pública. Se aprecia falta de motivación en la sentencia de instancia que acepta las genéricas explicaciones de dicha resolución sin concreción del número de trabajadores afectados por el mantenimiento de los servicios que se califican de imprescindibles. Anulación de la sentencia impugnada ya que incumple los requisitos exigidos jurisprudencialmente relativos a la determinación del porcentaje de trabajadores que han de prestar los servicios mínimos y la esencialidad de los servicios afectados por la huelga.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 17 enero 2014. Ponente: Díaz Delgado, José. [Rº 3893/2012]. LA LEY 3829/2014.

Disp. aplic.: Ley de Huelga: - RD 524/2002 de 14 Jun. (garantía de prestación de servicios esenciales en el ámbito de la seguridad privada en situaciones de huelga) : art. 2.- CE: art. 28.2.

Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Suspensión de funciones de Policía Local

Por Jesús María Chamorro González

Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

**Comentario
a la STSJ Madrid
de 20 de enero
de 2014**

Analizaremos a continuación la sentencia de fecha 20 de enero de 2014, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado con fecha Auto de fecha 14 de junio de 2013 y el auto aclaratorio del mismo de fecha 19 de julio de 2013 dictados por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid, que acuerda la medida cautelar positiva de alzamiento de la suspensión de funciones del recurrente jefe de la Policía Local de Coslada.

Antes de entrar los motivos del recurso de apelación, la sentencia que comentamos rechaza la causa de inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto en la medida en la que considera que el mismo se interpuso dentro de plazo, debiendo computarse éste desde la fecha de la notificación del auto de aclaración dictado en relación con el Auto de medidas cautelares recurrido.

Ya sobre el fondo del asunto planteado, la sentencia de nuevo nos recuerda la doctrina jurisprudencial existente el materia de medidas cautelares y que pasa por el tamiz de dos fundamentales criterios para sostener la adopción de la medida, a saber, la necesidad de que el recurso no pierda su finalidad legítima, y la confrontación de los interés particulares y públicos en juego.

Desde la primera perspectiva la Sala de Madrid entiende que el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión de funciones no debe afectar a la pérdida de la finalidad legítima del recurso en tanto en cuanto el eventual resultado estimatorio del recurso podría dar lugar a un resarcimiento económico de las cantidades dejadas de percibir por parte de recurrente suspendido, resarcimiento económico que también podría englobar en su caso una compensación por los daños morales que esa suspensión de funciones pudiese causar. Se valora también la existencia de un límite legal en la Ley 4/2010, de régimen sancionador de la Policía, que no obstante podría ampliarse por razones objetivas, que la sentencia entiende que concurren en este caso donde la resolución administrativa impugnada en la instancia motiva la razón de alargar mas allá de seis meses la suspensión de funciones. En todo caso cabría plantearse si se trata de una norma administrativa y no procesal, ya que estamos ante una medida cautelar en sede judicial.

En segundo lugar se ocupa la sentencia de valorar los intereses en conflicto, para entender de nuevo que la perturbación del interés general que generaría alzar la suspensión de funciones, justifica la revocación del auto impugnado, manteniendo la suspensión del recurrente. Se argumenta, en defensa de la revocación, la gravedad de los hechos imputados al recurrente, así como la alarma

social que han generado, además de las características propias de la función policial, que supone la puesta de relieve de unos valores, como son la seguridad ciudadana, y la protección de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y deberes, que hacen necesario redoblar los esfuerzos para su protección.

La sentencia

5. FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. ÁMBITO LOCAL. Confirmación de la suspensión provisional de funciones del Jefe de la Policía Local de Coslada. En el conflicto entre la perturbación de los intereses generales y los intereses particulares del apelado, han de ceder éstos a favor de aquéllos ante la alarma social que causaron los presuntos hechos que determinaron el inicio del expediente disciplinario y que determinaron la adopción de la medida tanto en la localidad de Coslada como en otros ámbitos. Proporcionalidad y necesidad de la suspensión provisional de funciones acordada, que se ha demostrado ser acorde con la finalidad que se persigue con dicha medida, que no es otra que la protección del prestigio y la confianza ciudadana en el buen hacer y en la integridad de la función policial, al circunscribirse la correspondiente imputación y condena del apelado a hechos relacionados directamente con el desempeño de la función policial.

TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 20 enero 2014. Ponente: Muriel Alonso, María Jesús. [Rº Contencioso-Administrativo 974/2013]. LA LEY 1449/2014.

Disp. aplic.: LO 4/2010 de 20 May. (Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía) : art. 33.- LOFCS: art. 8.3.

Servicios mínimos de comedor escolar y derecho de huelga

*Por José Luis Gil Ibáñez
Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo*

**Comentario
a la STS
(Sala 3.ª)
de 29 de enero
de 2014**

La Sala de instancia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, seguido por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto contra el Acuerdo fijando servicios mínimos en los comedores y transporte escolares, imponiendo las costas a la Administración demandada.

El recurso de casación se articuló sobre dos motivos: el primero, de carácter formal, en el que se denunciaba la incongruencia o incoherencia interna de la sentencia impugnada, que se desestima por cuanto, aunque el fundamento de derecho

correspondiente «resulta equívoco en su redacción», advierte el Alto Tribunal que no hay que atender únicamente a la literalidad del mismo, sino a los términos en los que se planteó el debate, que revelan el contexto en el que se sitúan los razonamientos de la Sentencia recurrida, cobrando pleno sentido; el segundo tiene un doble contenido y merece reflexiones diferenciadas.

Por un lado, a la hora de determinar los servicios mínimos en los comedores escolares, la Administración enlaza esta actividad con el mismo derecho fundamental a la educación, del que sería inseparable. Sin embargo, pese a reprochar que el desarrollo argumental del motivo casacional discorra por cauces de generalidad, el Tribunal Supremo admite la relación entre la prestación de comedor y el derecho a la educación, pero sitúa aquella actividad en otro plano distinguiendo entre el contenido esencial del derecho fundamental y el elemento instrumental que constituye el servicio de comedor. Además, destaca la relevancia de la importancia que se da a la dimensión temporal de los dos derechos fundamentales confrontados, a saber, el derecho a la educación y el derecho a la huelga, en el sentido de que el primero se desarrolla durante un tiempo dilatado mientras que el segundo se agota con cada convocatoria que, en el caso, fue de un día. Conjugando ambos aspectos llega a la conclusión de que una huelga de un solo día incide mínimamente en el derecho a la educación en comparación con la afectación que para el derecho de huelga supone la imposición del mantenimiento de aquel servicio, por lo que resultó adecuada la ponderación entre los dos derechos fundamentales que se hizo en la Sentencia recurrida.

Por otro lado, el segundo motivo también denunció la aplicación de una regla derogada en el preceptivo fundamento sobre las costas procesales, lo que efectivamente se constata por el Tribunal Supremo y conduce a la estimación del recurso de casación en este punto. Sin embargo, tratándose, como se trata, de una cuestión independiente de la anterior, pudiera haber merecido una atención singular en el plano de la admisibilidad, ya que, probablemente, por razón de la cuantía, debiera haberse declarado la inadmisibilidad, pues es difícil considerar que las costas impuestas superen el límite previsto para el acceso a la casación en el art. 86.2.b) de la LJCA (en este sentido, entre los últimos, Auto del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2013).

Por último, cabe llamar la atención sobre un tema que aparece incidentalmente en la Sentencia de instancia, pero sobre el que no consta ninguna reflexión del Alto Tribunal, cual es la invocación por la Administración de la conciliación de la vida laboral y familiar como, parece, justificación para imponer unos servicios mínimos con ocasión de la huelga, ya que, así como el derecho de huelga tiene carácter fundamental en nuestra Constitución, el derecho a la conciliación no, puesto que ni siquiera el derecho al trabajo goza de aquel carácter, por lo que surgen fundadas dudas de que la conciliación valga para limitar el ejercicio de un derecho fundamental.

La sentencia

6. DERECHO DE HUELGA. Servicios mínimos en el sector de educación no universitaria y transporte discrecional de viajeros. CA Baleares. Nulidad del Acuerdo del Consell de Govern que estableció unos servicios mínimos para el transporte escolar y el servicio de comedor de los centros educativos en la huelga general de 29 de marzo de 2012. Falta de concreción de las circunstancias concretas motivadoras de la fijación de los porcentajes de dichos servicios mínimos. El transporte y el comedor escolar no afectan al núcleo del derecho a la educación. Y ello, unido al carácter temporal de la huelga (un solo día), cuyo derecho se agota tras la convocatoria, justifica la anulación de los servicios fijados por la autoridad

administrativa. Revocación de la sentencia de instancia en lo que respecta a las costas, por aplicación de un artículo de la LJCA derogado a la hora de dictar el fallo.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 29 enero 2014. Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente. [Rº Casación 3780/2012]. LA LEY 5827/2014.

Disp. aplic.: Ley de Huelga: art. 10.- LJCA 1998: art. 139.1.- CE: art. 28.2.

Alcance del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos

*Por José Luis Gil Ibáñez
Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo*

**Comentario
a la STS
(Sala 3.ª)
de 29 de enero
de 2014**

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, como viene a recordar el Tribunal Supremo al final de la Sentencia de la que ahora se trata, no es una consecuencia necesaria del derecho fundamental de sindicación (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1982, de 27 de julio), aunque puede formar parte de dicho derecho fundamental en la medida en la que una ley establezca el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en la función pública (Sentencia del mismo Tribunal Constitucional 80/2000, de 27 de marzo), afirmándose la capacidad del

legislador para configurar el sistema de negociación colectiva de los funcionarios públicos, pudiendo determinar directamente los órganos negociales, los ámbitos materiales de la negociación y los efectos personales y jurídicos de los acuerdos colectivos (Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2001, de 26 de marzo).

El Estatuto Básico del Empleado Público –Ley 7/2007, de 12 de abril– dedica el capítulo IV de su Título III a, entre otros, el «Derecho a la negociación colectiva», proclamando unos principios generales (art. 31) y enumerando las «Materias objeto de negociación» tanto con carácter preceptivo (art. 37.1) como las excluidas de la obligatoriedad de la negociación (art. 37.2), con la consecuencia de que la regulación de una materia necesitada de negociación colectiva prescindiendo de ésta, supone la vulneración del derecho fundamental del art. 28.1 de la Constitución.

Entre las materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación figuran las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, aunque, por excepción, sí que han de ser objeto de negociación si tienen repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos sujetas a aquella obligatoriedad, como sucede cuando afectan a aspectos estructurales, básicos y generales de las condiciones laborales.

En este contexto hay que situar el debate que se resuelve por el Tribunal Supremo, en el que se llega a una conclusión distinta de la de la Sala de instancia acerca de la obligatoriedad de la negociación

en la aprobación de una modificación relativa al funcionamiento de los Equipos y Unidades de Inspección de las Dependencias Regionales de Inspección de la Agencia Tributaria.

En efecto, en la Sentencia recurrida en casación se entendió que la modificación no estaba sujeta a la negociación colectiva, pues, en concreto, no se alteraban anteriores atribuciones. Por el contrario, para el Alto Tribunal, a la luz de las nuevas reglas, que transcribe, no hay un mero diseño de la estructura de los órganos administrativos y de la distribución de competencias entre ellos, sino que se altera cuantitativa y cualitativamente la carga de trabajo de cada uno de los Equipos y Unidades y, en consecuencia, las condiciones de trabajo de los funcionarios que los sirven.

Aunque el argumento, quizá, hubiera merecido mayor desarrollo para, por ejemplo, evidenciar esas alteraciones con respecto a las condiciones anteriores, lo cierto es que parece realizarse una interpretación amplia de los términos de referencia, con el riesgo, advertido por la Sala de instancia, de requerir la negociación colectiva en todos aquellos actos o disposiciones que se refieran a cuestiones de personal, ya que, en definitiva, siempre es posible encontrar un punto de conexión con las condiciones laborales, debiendo rechazarse que los conceptos de «potestad de organización» y de «condiciones de trabajo» a los que se alude en la excepción legal de referencia –art. 37.2.a) del Estatuto Básico– alcancen tal capacidad expansiva que arrastren a todas las materias de personal.

La sentencia

7. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Negociación colectiva. Nulidad de Resolución de la AEAT sobre organización y atribución de funciones a la inspección de los tributos en cuanto que incide en las condiciones de trabajo de los técnicos de Hacienda destinados en las unidades y equipos de Inspección, sin que la Administración hubiese realizado ninguna actividad negociadora previa con el sindicato más representativo. Ello suponía una alteración de la carga de trabajo y por tanto, afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios integrantes. Necesidad de negociación colectiva en estos supuestos. Lesión del derecho de libertad sindical del sindicato recurrente.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 29 enero 2014. Ponente: Maurandi Guillén, Nicolás Antonio. [Rº Casación 1580/2012]. LA LEY 14882/2014.

Disp. aplic.: CE: arts. 28 y 37.- EBEP: arts. 33 y 37.

Efectos de la fusión de sociedades en el ámbito tributario

Por José Luis Gil Ibáñez
Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo

**Comentario
a la STS
(Sala 3.ª)
de 13 de noviembre
de 2013**

La fusión de dos o más sociedades supone la integración de las mismas en una única mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan, según dispone el art. 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Como consecuencia de la fusión se extinguen las sociedades que se fusionan, transmitiéndose en bloque los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas, a tenor del art. 23 de la misma Ley 3/2009. Igualmente debe tenerse en cuenta que, en el proyecto de fusión, debe precisarse, entre otros extremos, la fecha a partir de la cual la fusión tiene efectos contables, como previene el art. 31.7ª de la Ley 3/2009, y, además, que la eficacia de la fusión se produce con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente, de conformidad con el art. 46.1 de la citada Ley 3/2009.

La cuestión esencial que se resuelve en la Sentencia de que ahora se trata tiene que ver con el tratamiento fiscal del llamado fondo de comercio financiero resultante de las operaciones de fusión, en concreto, si la amortización del mismo comienza en la fecha a la que se retrotraen los efectos de la fusión, como pretendía la recurrente, o el día en el que se practica la inscripción en el Registro, como sostuvo la Administración tributaria y la Sala de instancia.

A este respecto, aunque el marco jurídico de referencia no sea la referida Ley 3/2009, sino la normativa anterior, cabe entender que las reflexiones del Tribunal Supremo son plenamente válidas con la regulación vigente, a la que se acaba de aludir.

La solución adoptada por el Alto Tribunal es la misma que en sentencias anteriores, lo que supone la consagración de una jurisprudencia sobre el tema.

En síntesis, la idea que se maneja es que el fondo de comercio financiero, deducible fiscalmente, aflora como activo de la entidad absorbente cuando tiene efectos la fusión, esto es, cuando se practica la inscripción registral, pues en ese momento tiene lugar la extinción de las entidades absorbidas y el traspaso del patrimonio, de modo que, en ningún caso, puede la entidad adquirente de un elemento del inmovilizado proceder a su amortización con anterioridad a tal adquisición.

El carácter constitutivo de la inscripción surge así como un elemento decisivo para el tratamiento fiscal de las fusiones, aunque aparece una objeción, puesto que está normativamente prevista la retroacción de los efectos contables.

Sin embargo, este reparo se solventa por el Tribunal Supremo circunscribiendo la indicada retroacción a tales efectos contables, explicándose la razón de ello, que no es otra sino la de allanar el camino hacia las cuentas únicas, tratándose de una cuestión distinta a la de la eficacia jurídica de la fusión, que es la que hay que considerar en el plano examinado, llegándose a decir que pretender amortizar el fondo de comercio con independencia de la fecha de fusión supone la vulneración de las reglas contables y fiscales, ignorándose la mecánica del cálculo de las amortizaciones y la idea de periodificación inherente. Además, el fondo de comercio, según se ha expuesto, sólo aflora cuando se realiza la fusión, a saber, cuando se practica la inscripción en el Registro.

También se viene a recordar, aunque no con estas palabras, que la tesis sostenida por la recurrente supondría dejar a la decisión de los particulares, mediante convenio o pacto, los elementos de la obligación tributaria, lo que está impedido por la Ley General Tributaria.

Por lo demás, se descarta que con la respuesta adoptada se vulnere el principio de correlación de ingresos y gastos, presente en los efectos de la retroacción contable de la fusión, pues el gasto por amortización del fondo de comercio no es un gasto propio de la entidad absorbida, ya que no contribuye a la obtención de ingresos por la misma, sino que deriva del proceso de fusión mismo.

La sentencia

8. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES, ESCISIONES, APOR-TACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES. Fusión por absorción. Amortización del fondo de comercio. Liquidación efectuada por la Inspección Tributaria por la amortización del fondo de comercio de la entidad absorbida de todo el ejercicio, pese a que la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil se efectúa en agosto. Es ajustada a Derecho la mencionada liquidación, en tanto que el fondo de comercio aflorado, consecuencia de la fusión, debe comenzar a amortizarse en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil (con efectos desde el asiento de presentación). La existencia de un pacto de retroacción contable no puede suponer la anticipación en la amortización del fondo de comercio generado por la fusión. Principio de correlación de ingresos y gastos. No puede pretenderse correlación entre ingresos obtenidos por la absorbida en el periodo de retroacción y el gasto por amortización del fondo de comercio, que no es un gasto propio de la actividad económica de la misma.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 13 noviembre 2013. Ponente: Garzón Herrero, Manuel Vicente. [Rº Casación 5714/2011]. LA LEY 180254/2013.

Disp. aplic.: Circular 4/1991 de 14 Jun. (normas de contabilidad y modelos de estados financieros de las entidades de crédito) : - RIS 1997: art. 1.4.- LIS 1995: arts. 11 y 103.- TR LSA: art. 245.



Textos íntegros disponibles en Internet
<http://actualidadadministrativa.laley.es>

@ 1. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Abuso de posición dominante. Conformidad a Derecho de las dos sanciones impuestas, respectivamente, a una asociación y una sociedad de gestión, al haberse acreditado la existencia de una conducta prohibida de abuso de posición dominante, consistente en fijar y exigir a los operadores de Televisión en abierto y desde 2003, unas tarifas abusivas por inequitativas y discriminatorias. MEDIDAS CAUTELARES. Se confirma la denegación de la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución de la CNC solicitada. Se considera suficiente la referencia hecha por la Sala de instancia en relación a la falta de acreditación de los supuestos perjuicios alegados por la parte recurrente en el caso de ejecutarse la resolución sancionadora. Tampoco se ha verificado quiebra alguna del principio de igualdad. Correcta ponderación de intereses por la Sala de instancia, que siempre actúa en atención a las singulares circunstancias concurrentes en cada caso.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 31 marzo 2014. Ponente: Perelló Doménech, María Isabel. [R° Casación 1747/2013]. LA LEY 36051/2014.

Disp. aplic.: TFUE: art. 102.- LDC 2007: art. 2.2.- LJCA 1998: arts. 88.1.d y 139.2.

El Tribunal Supremo desestima recurso de casación interpuesto contra los autos dictados por la Audiencia Nacional, que denegaron la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia por la que se declaraba acreditada la existencia de una conducta prohibida de abuso de posición dominante, y se imponía a la recurrentes sendas multas de 1.944.000 Euros y 1.354.000 Euros.

@ 2. FUERZAS ARMADAS. Anulación de la baja de alumno de la Escuela de Suboficiales de la Ar-

mada por pérdida de las condiciones psicofísicas. Control rutinario de toxicología en el que el alumno da positivo en relación con el consumo de cocaína. Interpretación del sentido jurídico de la expresión «o su detección analítica» contenida en el cuadro médico de exclusiones de la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, conforme al contexto y la realidad social del momento. La detección de sustancias psicotrópicas en una única analítica del alumno de la Academia Militar, no contrastada ulteriormente, no es causa suficiente para la baja, en tanto en cuanto no se puede afirmar que haya abusado de las drogas o perdido sus condiciones psicofísicas.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 26 marzo 2014. Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente. [R° Casación 50/2013]. LA LEY 43182/2014.

Disp. aplic.: OM PRE/2622/2007 de 7 Sep. (cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación) : disp. adic. 1.; anexo. 10.- OM 43/1993 de 21 de Abr. (régimen del alumnado de los Centros docentes militares de formación) : arts. 36.2.b, 38 y 41.- L 39/2007 de 19 Nov. (carrera militar) : arts. 67 y 71.2.a.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Andalucía, y confirma la anulación de la baja de alumno de la Escuela de Suboficiales de la Armada por pérdida de las condiciones psicofísicas.

@ 3. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Administración del Estado. Conformidad a Derecho de la indemnización reconocida a favor del interesado por los daños ocasionados en vivienda como consecuencia de la ejecución de las obras del ramal de la AP-9. Valoración exhaustiva y muy acertada del conjunto de los medios de prueba por el Tribunal de instancia.

De la certificación emitida por el Secretario General del Ayuntamiento se desprende que los daños que se reclaman por la actual situación del inmueble, por su cercanía con el vial construido, y por la falta de aislamiento térmico y acústico, no son consecuencia de la programación urbanística municipal, sino de la construcción del ramal de la autopista que el Planeamiento contempló como viario, lo que ha motivado en gran medida su inclusión como edificio fuera de ordenación y no al contrario. Correcta cuantificación del daño, al depender de la prueba practicada y sin que exista prueba en contrario practicada por la Administración respecto a una valoración alternativa de los daños. La solicitud de expropiación de la finca y la desestimación administrativa de la misma no impide solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la obra pública. Compatibilidad de ambas acciones.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 24 marzo 2014. Ponente: Córdoba Castroverde, Diego. [R° Casación 4820/2011]. LA LEY 31237/2014.

Disp. aplic.: LJCA 1998: arts. 88.1.d y 139.2.3.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional que, anulando resolución del M.º Fomento, condenó a la Administración a abonar al interesado la cantidad de 174.869,17 Euros por los daños y perjuicios sufridos en su vivienda como consecuencia de las obras de determinada autovía.

@ 4. INDULTO. DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO. Anulación del indulto parcial concedido a un condenado por delito contra la seguridad del tráfico en concurso con 3 delitos de homicidio imprudente. Ausencia del informe preceptivo previsto en la Ley de Indulto, de 18 Jun. 1870 que ha de emitir el Tribunal sentenciador. No procede la nulidad de pleno derecho porque no se produjo una total y absoluta inobservancia del procedimiento legalmente establecido, pues el M.º Justicia tramitó la petición de indulto conforme al procedimiento previsto en los arts. 19 y ss. de la Ley. RETROACCIÓN DE ACTUACIONES. Obligación de la AP Granada de emitir el informe preceptivo para que posteriormente se adopte por el Gobierno la decisión que estime oportuna sobre la

concesión o denegación de la gracia solicitada y el alcance de la misma. Aplicación de doctrina del TS que establece que el tribunal superior que modifica la sentencia inicial de una causa, se convierte en tribunal sentenciador a los efectos de competencia sobre el informe de indulto.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 17 marzo 2014. Ponente: Córdoba Castroverde, Diego. [R° 53/2013]. LA LEY 18981/2014.

Disp. aplic.: L 18 Jun. 1870 (indulto) : arts. 19, 23 y 25.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el RD 1632/2012, de 30 Nov., por el que se concedió un indulto parcial, que anula, ordena la retroacción de actuaciones para que se emita el informe previsto en el art. 23 de la Ley del indulto por la Audiencia Provincial de Granada, y desestima el recurso en todos los demás extremos solicitados.

@ 5. DEBER DE COLABORACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. Requerimiento individualizado de información a entidad financiera. Solicitud de información dirigido al Banco Popular para que la entidad aportara en soporte magnético informático la relación de cuentas bancarias que en el ejercicio 2005 hubieran tenido un importe anual por suma de apuntes en el Haber por cuantía superior a 3 millones de euros. La información solicitada por la Oficina Nacional de Investigación del Fraude se encuentra dotada de la cobertura legal necesaria, explicándose adecuadamente la razón de la petición de información, se concretó el núcleo de obligados tributarios afectados, el marco jurídico en que se producía la obligación de colaborar y la utilidad de ésta, puesta en relación con las labores de investigación de la Inspección sobre determinadas cuentas bancarias.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 17 marzo 2014. Ponente: Fernández Montalvo, Rafael. [R° Casación 5149/2010]. LA LEY 28322/2014.

Disp. aplic.: RD 939/1986 de 25 Abr. (Reglamento General de la Inspección de los Tributos) : arts. 12 y 37.- LGT: arts. 29.2.f), 93 y 103.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional, declarando ajustado a derecho el requerimiento de obtención de información efectuado a la entidad financiera.

@ 6. CONCURSOS Y OPOSICIONES. CA Castilla y León. Pruebas selectivas para la provisión de 2 plazas de Diplomado en Enfermería. Confirmación del reconocimiento del derecho de una opositora, en avanzado estado de gestación, a celebrar el ejercicio de oposición en su domicilio o en el centro sanitario en el que estuviere ingresada, ante la previsión de que en la fecha de examen estuviera de parto, como así fue. Correcta fundamentación de la sentencia de instancia. Singularidad del caso. Circunstancia específica que solamente concurre en la mujer que está a punto de dar a luz, la cual ve impedida su normal participación en el proceso selectivo. Solicitud dirigida al tribunal calificador para restablecer las condiciones de igualdad que la inminencia del parto había alterado en perjuicio de la demandante. No se discute si media o no fuerza mayor, al no tratarse de una enfermedad, ni ser equiparables el embarazo y el parto a una intervención quirúrgica urgente.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 14 marzo 2014. Ponente: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. [Rº Casación 4371/2012]. LA LEY 29526/2014.

Disp. aplic.: CE: arts. 14, 23.2 y 39.2.- EBEP: art. 61.1.- LO 3/2007 de 22 Mar. (igualdad efectiva de mujeres y hombres) : art. 8.

El Tribunal Supremo desestima recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ Castilla y León, confirmándola y por ende, el reconocimiento del derecho de una opositora embarazada a poder participar en la celebración del ejercicio de oposición de las pruebas para la provisión de 2 plazas de Diplomado en Enfermería, ante la previsible coincidencia entre la fecha de examen y la del parto.

@ 7. URBANISMO. Nulidad del Plan Especial de Ordenación, y al tratarse de una impugnación indirecta del Plan General, una vez revisado, se anula parcialmente en cuanto a la categorización de los terrenos del ámbito del Canódromo como suelo

urbano no consolidado, y en todo lo referente a la ordenación del denominado "Ámbito de Ordenación Diferenciada APR-09". Falta de motivación y de justificación del Plan General. No puede ser suplida por la motivación que se realice posteriormente en el Plan Especial, máxime teniendo en cuenta que la ordenación definitivamente aprobada era muy diferente a la contenida en la memoria del Plan General. La mala catalogación de los terrenos como suelo urbano no consolidado en el Plan General, no puede subsanarse con la consideración adecuada de los mismos como consolidado. No se aprecia sin embargo desviación de poder por falta de pruebas.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 14 marzo 2014. Ponente: Calvo Rojas, Eduardo. [Rº 2583/2012]. LA LEY 19233/2014.

Disp. aplic.: LJCA 1998: arts. 70.2 y 88.1.d.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia del TSJ Canarias, y declara la nulidad de la revisión del Plan General de Ordenación Municipal de Las Palmas de Gran Canaria, en cuanto a la categorización de los terrenos del ámbito del Canódromo como suelo urbano no consolidado y en todo lo que se refiere a la ordenación del denominado "Ámbito de Ordenación Diferenciada APR-09", así como la nulidad del Plan Especial de Ordenación "El Canódromo".

@ 8. CONCURSOS Y OPOSICIONES. Cuerpo de Agentes Rurales de la Generalidad de Cataluña, Escala Auxiliar, categoría de Agente Auxiliar (Subgrupo C2). Anulación parcial de la sentencia que reconoció el derecho del recurrente a que la revisión de su examen se realice por el examinador o miembro del Tribunal, siempre en su presencia. La revisión de cualquier ejercicio de un proceso selectivo requiere como requisito inexcusable la presencia del interesado, por lo que esta exigencia no resulta necesaria para cumplir con el deber de motivación, con el mandato de interdicción de la arbitrariedad y con el principio de publicidad proclamados en la CE. Discrecionalidad técnica. Evolución de la jurisprudencia sobre el significado y ámbito de esta doctrina. MOTIVACIÓN. Insuficiente de las calificaciones y puntuaciones aplicadas al tercer ejercicio por el Tribunal Calificador.

Retroacción de actuaciones. Al momento anterior a la calificación de ese tercer ejercicio. Obligación del Tribunal Calificador de emitir una nueva calificación del tercer ejercicio, que motive adecuadamente la puntuación que otorgue al recurrente, de manera que supla las omisiones detectadas.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 12 marzo 2014. Ponente: Maurandi Guillén, Nicolás Antonio. [Rº Casación 23/2013]. LA LEY 28372/2014.

Disp. aplic.: LRJAP-PAC: art. 54.2.- EBEP: art. 55.- LJCA 1998: art. 88.1.d.- CE: art. 9.3.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y, anulando parcialmente la sentencia del TSJ Cataluña, estima en parte el recurso contencioso-administrativo y anula la actuación administrativa impugnada al efecto de retrotraer las actuaciones del proceso selectivo litigioso al momento anterior a la calificación del tercer ejercicio, para que el Tribunal Calificador lo califique de nuevo de forma motivada.

@ 9. FARMACIA. CA Murcia. Apertura. Cómputo de las viviendas vacías a efectos de la autorización de apertura. Escapa del control casacional al impugnarse la interpretación que la Administración realiza de la legislación autonómica aplicable, sin efectuar distinción alguna respecto al cómputo de las viviendas construidas de segunda residencia. Nulidad de la valoración de méritos que establece la bonificación en 10 puntos a quienes hubieren desempeñado actividad dirigida al público en la región, por estimarse discriminatoria con arreglo al Derecho Comunitario.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 11 marzo 2014. Ponente: Trillo Torres, Ramón. [Rº Casación 549/2012]. LA LEY 28342/2014.

Disp. aplic.: D 17/2001 de 16 Feb. CA Murcia (autorización de apertura, traslado, modificación, cierre y transmisión de las oficinas de farmacia) : - Directiva 85/432 CEE del Consejo, de 16 Sep. 1985 (coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas) : art. 1.- Directiva 2005/36 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 Sep. (reconocimiento de cualificaciones profesionales) : art. 45.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Murcia, que se casa, y estima el recurso contencioso-administrativo formulado contra la Orden que aprueba la apertura de nuevas oficinas de farmacia que se anula únicamente en lo relativo a la valoración de méritos de quienes concurren al concurso.

@ 10. GUARDIA CIVIL. Confirmación de sentencia que declara el derecho del recurrente a que se le reconozca por superado el periodo de prácticas por la puntuación obtenida en el mismo, con todas las consecuencias administrativas y económicas que se deriven respecto de la adquisición de la condición de Guardia Civil profesional y el escalafonamiento en el orden correspondiente. Correcta valoración de la prueba por la Sala de instancia. Aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre discrecionalidad técnica de los Tribunales de selección. Caótica invocación del Plan de Estudios de la enseñanza de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil. Invocación de diversas Órdenes en los diferentes escritos procesales, sin referirse ninguna de ellas a la cuestión controvertida; a pesar de que la concernida es la Orden PRE 1478/2006 y fue citada correctamente en el escrito de contestación a la demanda, no se percibe su vulneración.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 11 marzo 2014. Ponente: Picó Lorenzo, Celsa. [Rº Casación 4545/2012]. LA LEY 28370/2014.

El Tribunal Supremo desestima recurso de casación interpuesto contra el TSJ Madrid, confirmandola y por ende, el derecho del recurrente a que se le reconozca por superado el periodo de prácticas, respecto de la adquisición de la condición de Guardia Civil profesional y el escalafonamiento en el orden correspondiente.

@ 11. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Impugnación de los Reales Decretos por los que se nombra al Presidente y a los Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear. Inadmisión. Falta de personalidad para recurrir del Grupo Parlamentario, al no tener capacidad procesal. Posiciones doctrinales sobre la naturaleza de los Grupos Parlamentarios. Capacidad procesal de tales Gru-

pos. Su reconocimiento se encuentra limitado a la defensa de los derechos representativos de sus componentes; se les reconoce en función de su legitimación *ad causam*, del interés legitimador que les lleva al proceso de amparo, y que se limita a la protección de los derechos fundamentales ínsitos en la función de parlamentario de quienes integran el Grupo. Por ello, la pretensión de anulación de los nombramientos impugnados no afecta a los derechos de participación de los integrantes del Grupo, pues en realidad se trata de una crítica a la legalidad de los procedimientos llevados a cabo. VOTOS PARTICULARES.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 5 marzo 2014. Ponente: Huerta Garicano, Inés María. [Rº 64/2013]. LA LEY 31265/2014.

Disp. aplic.: LJCA 1998: arts. 18, 69.b y 139.1.3.- Regl. 10 Feb. 1982 (Congreso de los Diputados) : art. 23.- L 15/1980 de 22 Abr. (creación del Consejo de Seguridad Nuclear) : art. 5.2.- LEC: arts. 6 y 7.

El Tribunal Supremo declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los Reales Decretos 1732/2012 de 28 Dic., 1733/2012 de 28 Dic., 138/2013 de 22 Feb., y 139/2013 de 22 Feb., del Consejo de Ministros, por los que se nombra al Presidente y Consejeros del Consejo de Seguridad Nuclear.

@ 12. JUECES Y MAGISTRADOS. Responsabilidad disciplinaria. Conformidad a derecho de la sanción de 200 €, impuesta a Magistrado-Juez de Registro Civil, por la comisión de una falta leve de desatención o desconsideración hacia un inferior en el orden jerárquico. Manifestaciones inadecuadas y desproporcionadas a funcionaria de la Administración de Justicia en una solicitud de tramitación preferente para rectificación de errores en partida matrimonial. El Magistrado dio una orden a otro funcionario para que le leyera en voz alta a la recurrente una disposición legal, con la intención de evidenciar su falta de conocimientos jurídicos, y ante la salida del despacho de la denunciante, solicitó a la Guardia Civil que la detuviese. Es intranscendente que el Registro estuviese cerrado al público. Competencia del Pleno de la Sala 3ª del TS. Es perfectamente válida la intervención de los ma-

gistrados integrantes de la Comisión Disciplinaria, en el Pleno del CGPJ que desestimó el recurso de alzada previo. Inexistencia de caducidad en el expediente sancionador. Prueba. Prevalencia de la certificación del CGPJ frente a los datos que figuran en su página web. VOTOS PARTICULARES.

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 3 marzo 2014. Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo. [Rº 4/2013]. LA LEY 21250/2014.

Disp. aplic.: LOPJ: arts. 122, 197, 419.2, 425.6 y 638.2.- CE: art. 24.2.

El Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo del CGPJ, confirmando la sanción de multa de 200 € a Magistrado por la comisión de una falta leve de desconsideración hacia un inferior en el orden jerárquico, por ser conforme a derecho.

@ 13. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Administración del Estado. Conformidad a derecho de resolución denegatoria de indemnización por los daños causados por los disparos recibidos por el sujeto en el curso de una operación policial. Actuación de los policías ajustada a los principios básicos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, ante la actitud relevante del lesionado, que creó una situación de riesgo racionalmente grave para la vida e integridad física de los agentes de policía, a los que intentó atropellar, y ante la que los policías reaccionaron con los correspondientes disparos. La mayoría de los disparos impactaron en las ruedas y en la carrocería del vehículo, aunque cuatro lo hicieron en el parabrisas y en el cristal del conductor, causando las lesiones del acusado. Los disparos se conectan con los intentos de atropello, sin perjuicio de que las tentativas tuvieran la finalidad de conseguir escapar. Se ha acreditado que las pistolas se usaron ante la situación de inminente de riesgo para la vida e integridad física de los agentes que representó la situación descrita.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 26 marzo 2014. Ponente: Gil Ibáñez, José Luis. [Rº 596/2011]. LA LEY 36651/2014.

Disp. aplic.: LRJAP-PAC: art. 139-144.- LOFCS: art. 5.

La Audiencia Nacional desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Secretaría General Técnica del M.º Interior, y confirma la denegación de indemnización a cargo del Estado en concepto de responsabilidad patrimonial.

@ 14. TELEVISIÓN. Derechos de emisión de la Liga de Fútbol de Campeones. Participación de RTVE en la subasta organizada por la UEFA para su adquisición. Archivo por la Administración de la solicitud de intervención formulada por Telecinco contra RTVE por vulneración de la Ley 8/2009, de Financiación de la Corporación RTVE, y de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual, con ocasión de la adjudicación de los derechos correspondientes a las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, y de requerimiento a la Corporación para que retirase la oferta presentada. Posible participación de RTVE en la subasta para adquisición de esos derechos. No existe norma legal que prohíba que pueda concurrir a la puja. Los arts. 3.1 y 9.1 de la Ley 8/2009 le impiden sobrecotizar frente a competidores sobre contenidos de gran valor comercial, así como exceder el límite del 10% del presupuesto para adquirir derechos de emisión de eventos deportivos de interés general y de gran interés para la sociedad, y el art. 43.7 de la Ley 7/2010 le impide subcotizar y sobrepujar frente a competidores privados, pero ninguno de estos supuestos se ha producido en el caso.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 21 marzo 2014. Ponente: Ruiz Piñeiro, Fernando Luis. [Rº 704/2011]. LA LEY 36680/2014.

Disp. aplic.: L 7/2010 de 31 Mar. (General de la Comunicación Audiovisual) : arts. 20 y 43.7.- L 8/2009 de 28 ago. (financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española) : arts. 3.1 y 9.1.i.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telecinco contra la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se archiva la solicitud de intervención contra RTVE con motivo de la adjudicación de los derechos de emisión de la Liga de Fútbol de Campeones para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015, al no existir infracción de lo dispuesto

en la Ley 8/2009, de Financiación de la Corporación RTVE, y en la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual.

@ 15. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Administración del Estado. Ministerio de Justicia. Improcedente desestimación por extemporánea, de reclamación de indemnización por prisión indebida sufrida por el sujeto, siendo posteriormente acordado el sobreseimiento provisional. PRESCRIPCIÓN. Inexistencia. El plazo debe computarse desde la fecha de la sentencia que condenó a otro de los acusados, ya que una cosa es la separación de la interesada del procedimiento penal en virtud del auto de sobreseimiento provisional, y otra distinta la cuestión del derecho a la indemnización bajo la cobertura del art. 294 LOPJ, que presuponía la inexistencia objetiva del hecho imputado, la cual sólo podía ser constatada a través de la sentencia firme que finalmente se dictó en la causa. Procede que la Administración continúe la tramitación de la reclamación en su día efectuada.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 19 marzo 2014. Ponente: Díaz Fraile, Francisco. [Rº 691/2013]. LA LEY 35604/2014.

Disp. aplic.: LOPJ: art. 292-294.- LRJAP-PAC: arts. 42.1 y 142.5.

La Audiencia Nacional estima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Ministro de Justicia, que desestimó por extemporánea reclamación de indemnización, la anula y ordena a la Administración continuar la tramitación de la reclamación efectuada por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia.

@ 16. FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PROTECCIÓN DE DATOS. Conformidad a derecho del acuerdo de no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador en relación con la denuncia contra unos abogados al identificar las operaciones comerciales de unas oficinas de farmacia, que adquieren productos de un laboratorio a través de terceros distribuidores y exigirle la revelación de datos sobre los clientes finales de los medicamentos. La protección de la LOPD se

aplica al denunciante, pues excluye a las personas jurídicas y a los empresarios individuales y profesionales que organizan su actividad bajo la forma de empresa. Los datos controvertidos no presentan conexión ni se refieren a la esfera íntima y personal del farmacéutico titular del establecimiento de farmacia, sino a la esfera profesional de su actividad, y la finalidad del tratamiento de los datos se vincula exclusivamente con la actividad empresarial del denunciante.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 19 marzo 2014. Ponente: Quintana Carretero, Juan Pedro. [R° 236/2013]. LA LEY 31303/2014.

Disp. aplic.: TFUE: art. 16.- CE: art. 18.- LOPD: arts. 2.1, 3.a, 11, 122 y 126.- RD 1720/2007 de 21 Dic. (Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999 de 13 Dic., protección de datos de carácter personal) : art. 2.2.- L 29/2006 de 26 Jul. (garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) : art. 87.

La Audiencia Nacional desestima recurso contencioso administrativo contra resolución de la Agencia de Protección de Datos que acuerda no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador.

@ 17. PRESCRIPCIÓN. Interrupción de la prescripción. Las interrupciones injustificadas del procedimiento inspector, imputables a cualquiera de las sociedades fusionadas e inspeccionadas, paralizan de manera injustificada todo el proceso inspector, pues el proceso es único, aunque esté dividido en diversas actuaciones documentadas para facilitar la labor inspectora y la comprensión de lo actuado. Se produce la prescripción cuando se aprecie que se ha rebasado el plazo de 4 años entre la fecha de presentación del escrito de alegaciones y la resolución del TEAC, sin que éste hubiera practicado actuación alguna dentro del procedimiento ante él iniciado, o por cualquier actuación del responsable tributario. Sólo interrumpen la prescripción los actos de estricta interposición de recurso o alegación en que se expongan los motivos invalidatorios, no cualquiera de las incidencias que se produzcan en el transcurso de tales reclamaciones o recursos.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 13 marzo 2014. Ponente: Atienza Rodríguez, Felisa. [R° 173/2011]. LA LEY 23022/2014.

Disp. aplic.: RD 939/1986 de 25 Abr. (Reglamento General de la Inspección de los Tributos) : art. 24.1.- TR LSA: art. 252.- LEC: arts. 416 y 421.- LGT: arts. 66 y 68.- LSRL 1995: art. 94.1.

La Audiencia Nacional estima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del TEAC, anulando la liquidación girada por el concepto del Impuesto sobre Sociedades y la sanción impuesta al interesado.

@ 18. PRESCRIPCIÓN. Deudas. La Administración tiene el plazo de tiempo de 4 años, desde la finalización del plazo para la presentación de la declaración de un impuesto, para exigir el pago de la deuda tributaria resultante de la liquidación del correspondiente impuesto. Interrupción de la prescripción. Sólo interrumpen la prescripción los actos jurídicamente válidos y notificados al sujeto pasivo que estén tendencialmente ordenados a iniciar o proseguir los respectivos procedimientos y que no respondan meramente a finalidad dilatoria de interrumpir la prescripción, sino que efectivamente contribuyan a la liquidación, recaudación o imposición de sanciones, según los casos. El incumplimiento del plazo máximo establecido para las actuaciones inspectoras, determina que no se considere interrumpida la prescripción como consecuencia de dicho procedimiento.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 6 marzo 2014. Ponente: Atienza Rodríguez, Felisa. [R° 98/2011]. LA LEY 21207/2014.

Disp. aplic.: LIRNR 1998: art. 12.1.h.- LH: art. 131.- LGT: art. 150.- RGIT 2007: art. 184.1.- LDGC 1998: art. 29.- RD 939/1986 de 25 Abr. (Reglamento General de la Inspección de los Tributos) : art. 47.

La Audiencia Nacional estima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del TEAC, anulando la liquidación girada por el concepto del Impuesto sobre Sociedades al haber prescrito el derecho de la Administración para la determinación de la deuda tributaria.

@ 19. AYUDAS Y SUBVENCIONES. Ayudas a la Formación Continua. Improcedencia del reintegro exigido a la Fundación interesada para financiar el acuerdo interprofesional sobre formación continua en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Utilizó los fondos nacionales procedentes del INEM para cubrir los gastos que han sido cofinanciados, pero una vez percibidos dichos fondos, cobrados en saldo final por el Gobierno Vasco, debería de haber devuelto al INEM el exceso de financiación. Derecho de la interesada a que se realice una nueva liquidación. Aunque responde de la gestión de los fondos percibidos, no puede responder de aquellos que no le han sido transferidos. Si la Administración del Estado entiende que el Gobierno Vasco no ha cumplido con los compromisos derivados del Convenio, debe accionar contra dicho Gobierno, no ante una Fundación que se limita a gestionar los fondos que percibe con la finalidad determinada en la subvención concedida.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 5 marzo 2014. Ponente: Fernández-Lomana García, Manuel. [R° Contencioso-Administrativo 140/2013]. LA LEY 21182/2014.

Disp. aplic.: L 38/2003 de 17 Nov. (general de subvenciones) : arts. 15.1, 37, 39.3.b, 42, 49.7 y 50.3.- LEC: arts. 325.5 y 348.

La Audiencia Nacional estima en parte recurso de apelación contra sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número 2 que desestima impugnación contra Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal sobre reintegro de ayuda para financiar el acuerdo interprofesional sobre formación continua en la Comunidad Autónoma del País Vasco, revocándola y estimando en parte el recurso, ordenando una nueva liquidación.

@ 20. RECAUDACIÓN TRIBUTARIA. Responsabilidad solidaria. 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 conscientemente, para sustraer esos bienes o derechos al procedimiento ejecutivo de cobro, impidiendo su embargo. Presunción de conducta consciente. Constitución de una sociedad que no tiene actividad ni beneficios y cuyo único fin es

cambiar el titular del dominio de un bien determinado, existiendo un conocimiento del importe posible de la deuda de que debía responder el referido bien. PRESCRIPCIÓN. Interrupción de la prescripción. Aunque se interrumpe el plazo por la notificación al deudor principal mediante acción dirigida de forma eficaz a la recaudación de la deuda tributaria y dichos efectos interruptivos se extiendan al responsable solidario, en el caso, no han transcurrido los cuatro años del plazo exigido para la prescripción. Confirmación de las resoluciones impugnadas.

AN (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 3 marzo 2014. Ponente: López-Muñiz Goñi, José Luis. [R° 391/2012]. LA LEY 17889/2014.

Disp. aplic.: LGT 1963: art. 131.5.- LGT: arts. 42.2, 66.b, 68.2 y 81.

La Audiencia Nacional desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del TEAC, confirmando la declaración de responsabilidad solidaria del interesado.

@ 21. REGULACIÓN DE EMPLEO. Por causas productivas. Expediente de extinción. Queda acreditado una caída de un 70 % de las ventas, resultando precisa una disminución del número de trabajadores a fin de garantizar la viabilidad futura de la empresa. El descenso no puede calificarse de coyuntural, al no existir previsiones de recuperación a corto plazo, resultando insuficientes las medidas adoptadas para paliarlo. No es injustificado ni desproporcionado el número de contratos de trabajo a extinguir. Los cálculos se han efectuado de forma muy ajustada. La falta de acuerdo entre empresa y trabajadores no es obstáculo para la autorización, sin que deba la empresa adoptar otras alternativas que la legislación vigente no le obliga ante la existencia de un excedente de personal. La Administración está obligada a valorar si la medida propuesta era adecuada y proporcional en función de la situación de la empresa y en orden a mantener su viabilidad.

TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 19 marzo 2014. Ponente: Arias Juana, Jesús María. [R° Contencioso-Administrativo 49/2011]. LA LEY 29783/2014.

Disp. aplic.: ET 1995: art. 51.

El TSJ Aragón desestima recurso de apelación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Zaragoza, confirmando el expediente de regulación de empleo por causas productivas.

@ 22. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Administración local. Anulación parcial del acuerdo que modifica la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Oviedo; concretamente en lo referido a la provisión indistinta por personal laboral o funcionario de los puestos de nueva creación de Director/a del Departamento municipal de Defensa de Usuarios, Consumidores y Salubridad Pública y de Jefe de Sección Jurídico-Administrativa de dicho Departamento municipal, debiendo estar reservados a personal funcionario. La Administración no ha probado la inexistencia de Cuerpos funcionariales que puedan hacerse cargo de los nuevos puestos. Las funciones que pueden ser atribuidas a los titulares de los puestos de nueva creación implican ejercicio de autoridad, actuación en beneficio del interés general o público y participación directa en el ejercicio de potestades públicas; funciones que corresponden, exclusivamente, a los funcionarios públicos.

TSJ Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 10 marzo 2014. Ponente: Robledo Peña, Antonio. [Rº 565/2012]. LA LEY 25044/2014.

Disp. aplic.: LRFP: art. 15.1.- TRRL: arts. 167.yss y 170.- EBEP: art. 9.2.- LRBRL: art. 92.

El TSJ Asturias estima parcialmente recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, de 12 Abr. 2012, sobre modificación de la Relación de Puestos de Trabajo, anulándolo en lo referido a la provisión indistinta por personal laboral o funcionario de ciertos puestos de nueva creación.

@ 23. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Administración autonómica. Retribuciones. Derecho al abono de la parte proporcional de la paga extraordinaria de determinado mes de 2012. Las pagas extraordinarias constituyen una manifestación del salario diferido, se devengan día a día aunque su vencimiento

tiene lugar en distintos meses del año. Ello no constituye meras expectativas, siendo así que las leyes no tienen efectos retroactivos, si no disponen lo contrario. No puede aplicarse retroactivamente la supresión de la paga extraordinaria cuando la norma que así lo establece nada dice de su aplicación retroactiva, y ello respecto del derecho generado en el periodo comprendido entre el devengo de la paga y el inicio de vigencia de la norma. La norma sobrevinida no puede modificar los actos agotados bajo la norma anterior, que nacieron bajo el imperio de una norma legal concreta.

TSJ Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 10 marzo 2014. Ponente: Querol Carceller, Luis. [Rº 170/2013]. LA LEY 25054/2014.

Disp. aplic.: RDL 20/2012 de 13 Jul. (medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad) : art. 2.

El TSJ Asturias estima parcialmente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Junta General del Principado, que anula en parte, y reconoce el derecho a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria de determinado mes de 2012.

@ 24. URBANISMO. Anulación de la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación de Gijón. Falta de los informes geológicos en el periodo de información pública abierto. Con esta carencia se llegó a la aprobación inicial del planeamiento, y se volvió a someter a la información pública, sin que en la misma se expusieran los informes de riesgos, pese a los requerimientos de la recurrente. Posteriormente se dictó resolución acordando incoar expediente de consulta urbanística por las alegaciones de la recurrente. Infracción de los dos trámites de información pública, no siendo de recibo ni tan siquiera que se trate de trocar la obligación de exponer en el periodo de información pública los documentos relacionados con el planeamiento, en una consulta urbanística. Indefensión provocada a la recurrente con vulneración relevante de los principios de publicidad y participación ciudadana en la elaboración del Plan.

TSJ Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 10 marzo 2014. Ponente: Margareto García, María José. [Rº 1472/2011]. LA LEY 30037/2014.

Disp. aplic.: LRJAP-PAC: art. 62.2.

El TSJ Asturias estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución del Ayuntamiento, anulando la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación de Gijón.

@ 25. EXPROPIACIÓN FORZOSA. De finca para la construcción de la autopista de peaje AP-41, Madrid-Toledo. Justiprecio. Pago. Inactividad de la Administración al no ejecutar la resolución firme del Jurado de Expropiación en la que se fija el justiprecio. Responsabilidad subsidiaria de la Administración del Estado en el caso de que la entidad beneficiaria se encuentre declarada en concurso y no haya atendido el abono. El instituto expropiatorio hace a la Administración corresponsable con la beneficiaria del pago del justiprecio, sobre la base de la aplicación del principio general de responsabilidad por los propios actos, de la prohibición del enriquecimiento sin causa y del deber de respetar las apariencias generadas que provocan la confianza legítima en terceros de buena fe. Consideración de la situación de concurso de la beneficiaria, por sí y sin necesidad de esperar a momentos posteriores, como una de las condiciones que desencadenan la responsabilidad subsidiaria de la Administración

TSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 10 marzo 2014. Ponente: Pérez Yuste, Miguel Angel. [R° 278/2013]. LA LEY 24716/2014.

Disp. aplic.: LJCA 1998: art. 29.2.

El TSJ Castilla-La Mancha estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la inactividad de la Administración del Estado por no ejecutar la resolución firme del Jurado Provincial de Expropiación de Toledo por el que se fija el justiprecio de una finca afectada por la construcción de la autopista de peaje AP-41, y condena a dicha Administración a abonar ese justiprecio más los intereses legales de demora, descontando, en su caso, las sumas ya pagadas.

@ 26. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. Administración Autonómica. Inexistencia. Daños y perjuicios por la publicación en el DOGC de la Resolución administrativa de

otorgamiento de la medalla de oro con distintivo rojo concedida con motivo de la incapacidad permanente total derivada del accidente de trabajo al agente de policía. No puede considerarse la existencia de un daño moral antijurídico por la publicación de dicha Resolución, aun cuando consten datos de carácter personal relativos a su estado de salud. No se aprecia relación de causalidad entre la publicación de dichos datos y el daño moral que simplemente se alega pero que no se prueba ni tampoco razona.

TSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 3 marzo 2014. Ponente: Abelleira Rodríguez, María. [R° 99/2012]. LA LEY 41107/2014.

Disp. aplic.: LRJAP-PAC: art. 139.1.2.- L 38/2003 de 17 Nov. (general de subvenciones) : art. 18.- RD 1040/2003 de 1 Ago. (Reglamento general de recompensas militares) : art. 24.

El TSJ Cataluña desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirma la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica.

@ 27. PERSONAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Servicio de Salud de Illes Balears. Impugnación del Decreto 47/2011, por el que se crean determinadas categorías de personal estatutario en el ámbito de dicho Servicio de Salud y se establece un procedimiento extraordinario de integración. Nulidad de los arts. 23 a 26 y del punto 4º de la disp. adic. 1.ª. Encuadramiento erróneo de los técnicos superiores en prevención de riesgos laborales en el Subgrupo A2 (y no en el Subgrupo A1). Las funciones a desempeñar por los técnicos de prevención de riesgos laborales creados por el Decreto son las de mayor responsabilidad posible, sin que exista técnico por encima de ellos. Además, como requisito de acceso se exige que los aspirantes tengan título universitario de grado y acrediten especialidad.

TSJ Illes Balears (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 17 marzo 2014. Ponente: Socías Fuster, Fernando. [R° 561/2011]. LA LEY 26263/2014.

Disp. aplic.: Decreto 47/2011 de 13 May. CA Illes Balears (creación de determinadas categorías de personal estatutario en el ámbito del Servicio de Salud y

se establece un procedimiento extraordinario de integración) : art. 23-26.; disp. adic. 1.4.- RD 39/1997 de 17 Ene. (Regl. de los servicios de prevención de riesgos laborales) : art. 37.; anexo. IV.- L 55/2003 de 16 Dic. (estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud) : art. 5.- EBEP: art. 76.

El TSJ Illes Balear estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Decreto 47/2011 de 13 May., por el que se crean determinadas categorías de personal estatutario en el ámbito del Servicio de Salud de las Illes Balears y se establece un procedimiento extraordinario de integración, y declara disconformes con el ordenamiento jurídico y nulos los arts. 23 a 26 y el punto 4.º de la disp. adic. 1.ª.

@ 28. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EDUCACIÓN. Medida cautelar. Suspensión de la ejecución de la sanción de expulsión definitiva de Instituto de Educación Secundaria y el traslado del alumno. La Administración ha incurrido en la vía de hecho, al haber ejecutado la sanción de cambio de centro escolar impuesta, impidiendo su matrícula en el Instituto elegido, antes de que se resolviese el recurso de alzada deducido y antes de que el Juzgado se pronunciara sobre la suspensión de la ejecución de la sanción impuesta. Pero a la vista de lo pretendido por el recurrente, la estimación del recurso ha de limitarse a declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse suspendido la ejecución de la sanción de cambio de centro escolar impuesta hasta que el Juzgado hubiera resuelto el incidente cautelar.

TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 6 marzo 2014. Ponente: Rosas Carrión, Francisca María de Flores. [Rº Contencioso-Administrativo 866/2013]. LA LEY 30679/2014.

Disp. aplic.: LRJAP-PAC: art. 111.4.- CE: arts. 24 y 27.- LJCA 1998: art. 30.

El TSJ Madrid estima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 31 de Madrid, suspendiendo la ejecución de la sanción de expulsión definitiva de Instituto de Educación Secundaria y el traslado del alumno.

@ 29. FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. CONSUMIDORES Y USUARIOS. Sanción a operadora de telefonía móvil por infracción muy grave en materia de normalización técnica, comercial y de prestación de servicios. Inclusión de una cláusula abusiva en las condiciones generales de los contratos de servicios de comunicaciones móviles con tarjeta prepago. Cláusula que hace depender la prórroga del período de duración de la tarjeta (9 meses) de la recarga del saldo positivo existente, y que impone al cliente, para el caso de no efectuar la recarga, una penalización que, en primer lugar, permite a la operadora incumplir parcialmente durante 1 mes la obligación contractual asumida, pues en ese tiempo sólo le presta el servicio de recepción de llamadas (pero no de emisión con cargo al saldo disponible en la tarjeta), y en segundo lugar, transcurrido ese mes sin que el cliente haya efectuado la recarga, faculta a la operadora para dejar automáticamente no operativa la tarjeta, quitarle al cliente el número de teléfono y quedarse con el saldo existente. Calificación de tal cláusula como abusiva por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor y usuario. Proporcionalidad de la multa impuesta (30.051 euros).

TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 6 marzo 2014. Ponente: Rosas Carrión, Francisca María de Flores. [Rº Contencioso-Administrativo 973/2013]. LA LEY 29307/2014.

Disp. aplic.: L 11/1998 de 9 Jul. CA Madrid (protección de los consumidores) : arts. 50.8, 52.1.4, 53 y 54.1.e.- RDLeg. 1/2007 de 16 Nov. (texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) : art. 87.6.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid estimó el recurso promovido por Vodafone España S.A.U. contra la orden de la Consejería de Economía y Hacienda que le impuso una sanción de multa de 30.051 euros por infracción muy grave materia de defensa de los consumidores y usuarios. El TSJ Madrid estima el recurso de apelación interpuesto por la Administración autonómica, revoca la sentencia de instancia y desestima el recurso contencioso.

@ 30. LICENCIAS ADMINISTRATIVAS. Nulidad de la suspensión y cese inmediato de la actividad de bar-café realizada sin licencia municipal. El uso del suelo que se ejerce en el local es conforme al planeamiento, ya que se trata del uso terciario, por más que se excedan las condiciones de la licencia. La Administración utiliza un precepto inaplicable al supuesto en cuestión, pues aunque haga referencia a acto de uso del suelo ejercitado sin ajustarse a las condiciones a la licencia concedida, se refiere a la licencia urbanística y a las condiciones urbanísticas de la licencia y no a las condiciones de ejercicio de la actividad. Desviación de poder, al utilizarse facultades urbanísticas para otras finalidades. Imposibilidad de clausura por falta de adaptación al catálogo de actividades, limitándose el precinto a los elementos no licenciados, siendo necesario

acudir al procedimiento de subsanación de deficiencias para proceder al cierre.

TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo). Sentencia 5 marzo 2014. Ponente: López de Hontanar Sánchez, Juan Francisco. [Rº Contencioso-Administrativo 1044/2012]. LA LEY 27705/2014.

Disp. aplic.: L 9/2001 de 17 Jul. CA Madrid (suelo) : art. 193.

El TSJ Madrid desestima recurso de apelación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 31 de Madrid, confirmando la nulidad de la suspensión y cese inmediato de la actividad de bar-café realizada sin licencia municipal.



Impugnación en sede contenciosa de desestimaciones presuntas

Por Hilario M. Hernández Jiménez

*Jefe del Servicio Jurídico de Urbanismo. Ayto. de Alcalá de Guadaíra (Sevilla).
Profesor Asociado del Dpto. de Derecho Público. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Supuestos de inadmisión por extemporaneidad.
- III. Doctrina jurisprudencial sobre la inadmisión.
- IV. Constitucionalidad del artículo 46 de la LJCA.
- V. Conclusiones.
- VI. Cuadro de Sentencias estudiadas más relevantes.

I. Introducción

La revisión jurisdiccional de las desestimaciones presuntas de los recursos administrativos se ha encontrado tradicionalmente con la duda sobre la vigencia o aplicación del plazo de seis meses establecido en el art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), so pena de incurrir en vicio de inadmisión por extemporaneidad del recurso.

El precepto establece de manera diferenciada un plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso, y de seis meses si no lo fuera y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

Debemos recordar sobre la fecha y plazo de presentación del recurso, que el art. 69.e) establece como causa de inadmisibilidad que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del

plazo establecido; y que el art. 128, sobre los plazos de interposición, señala que *los plazos son improrrogables, y una vez transcurridos el Secretario judicial correspondiente tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. No obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique la resolución, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos.*

La importancia de la consideración del plazo adquiere relevancia en relación con los denominados en el art. 46.1 «actos presuntos» o, en la terminología de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, actos administrativos producidos por silencio administrativo con efectos desestimatorios; y ello por cuanto la interposición de recursos contenciosos administrativos transcurridos los seis meses referidos en el art. 46.1, ha provocado pronunciamientos de inadmisión por extemporaneidad por los órganos judiciales competentes y, también, estimaciones de recursos de amparo por el Tribunal Constitucional por vulneración del principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

La doctrina resultante del Tribunal Constitucional tenía consagrado, con más o menos contundencia, que las impugnaciones jurisdiccionales de las desestimaciones por silencio no están sujetas al plazo de caducidad de seis meses, por lo que el Administrado podría quedar amparado por el principio de tutela judicial sin sujeción al indicado plazo.

Sin embargo, la novedad resultante de la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2014, recurso 2918/2005, Ponente: Asua Batarrita, Adela (LA LEY 42606/2014) estriba en que su cometido no es pronunciarse sobre el amparo solicitado por un administrado en relación con un acto concreto, sino sobre la propia constitucionalidad del precepto cuestionado, sobre la base de la cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mediante Auto 100/2005, de 12 de abril.

II. Supuestos de inadmisión por extemporaneidad

Contra la desestimación presunta respecto de una reclamación efectuada en materia de responsabilidad patrimonial, se interpuso recurso contencioso administrativo que fue inadmitido por sentencia de 31 de julio de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, recurso 2668/2000, por aplicación estricta del plazo de seis meses establecido en el art. 46.1 de la LJCA respecto de los actos presuntos.

Contra dicho fallo se interpuso recurso de amparo que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en sentencia n.º171/2008 de 15 de diciembre de 2008, recurso 11207/2006, Ponente: Pérez Tremps, Pablo (LA LEY 193638/2008), provocando la anulación de la sentencia de instancia y ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la misma. De este modo, se procedió de nuevo a señalamiento y fallo dictándose en el mismo procedimiento, sentencia de 9 de febrero de 2009 que acordó estimar el recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta del Ayuntamiento de Huerca de Almería respecto de la reclamación efectuada en concepto de responsabilidad patrimonial; y, consecuentemente, se revoca el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a derecho y se reconoce el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad señala, más los intereses legales de dicha cantidad a computar desde la fecha de interposición del recurso contencioso administrativo.

Ante otra reclamación de indemnización formulada por un particular mediante escrito de 10 de marzo de 2000, por los daños materiales producidos en el vehículo de su propiedad, a consecuencia

del impacto en los bajos del referido vehículo de un bolardo que regula el acceso de los vehículos al casco antiguo de la ciudad de León y su desestimación presunta, se interpuso recurso contencioso administrativo el 25 de mayo de 2001. De conformidad con lo establecido en el art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento sin que haya recaído resolución expresa podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.

Por tanto, el plazo de seis meses para interponer el recurso contencioso-administrativo comenzó a correr a partir del 11 de septiembre de 2000, que es el día siguiente a aquél en que, de acuerdo con el art. 13.3 del RD 429/1993, de 26 de marzo, se produce la desestimación presunta, de modo que cuando el día 25 de mayo de 2001 se interpuso el recurso contencioso-administrativo, el plazo para hacerlo había fenecido convirtiéndose, por tanto, al recurso en extemporáneo. Esta es la conclusión mantenida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo de 12 de septiembre de 2005, recurso 913/2001, Ponente: Gonzalez del Teso, Teodosio (LA LEY 174423/2005). No obstante, debe dejarse constancia del matiz importante de que en el expediente constaba acreditado que el Ayuntamiento, mediante escrito del Servicio de Asuntos Generales, dirigió al reclamante la comunicación a que se refiere el art. 42.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común; recordemos que el inciso segundo de dicho precepto dispone: *En todo caso, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.*

Otro pronunciamiento sobre la inadmisión por extemporaneidad del recurso contencioso administrativo lo encontramos en la sentencia dictada en fecha de 29 de mayo de 2012 por el juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 32 de Madrid, procedimiento abreviado número 215/2011. El argumento para dicho fallo se basa en que *la última reclamación se realizó el 12 de junio de 2008, por lo que computando seis meses para dictar resolución, más otros dos meses para interponer el recurso, total ocho meses, el plazo para interponer el recurso finalizó el 12 de abril de 2009, por lo que al haberlo presentado el 15 de febrero de 2011, evidencia claramente que precluyó el plazo con anterioridad y, por tanto, con carácter extemporáneo, siendo motivo de inadmisión del recurso en virtud de lo dispuesto en el art. 69. e) de la LJCA.*

Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia de instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, en sentencia de 10 de mayo de 2013, recurso 1330/2012, Ponente: Vegas Torres, María Jesús (LA LEY 66341/2013), lo estima revocando el pronunciamiento de inadmisibilidad.

Un supuesto distinto de inadmisión por extemporaneidad y que no está relacionado con las desestimaciones presuntas, cuya plazo es el regulado en el art. 46.1 de la LJCA, es el de las impugnaciones en sede contenciosa contra las actuaciones de la Administración en vía de hecho, reguladas en el art. 46.3. En éste se dispone que *si el recurso contencioso-administrativo se dirigiera contra una actuación en vía de hecho, el plazo para interponer el recurso será de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de he-*

cho. Por su parte, el artículo 30 señala que *en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.*

En un supuesto concreto de actuaciones llevadas a cabo por un ayuntamiento y requerimientos realizados a éste para que cesase la ejecución sin que fuesen atendidos, el requirente interpuso recurso contencioso administrativo que fue inadmitido por extemporáneo en primera instancia. En sede de apelación, la parte actora pretendía hacer valer la doctrina de que contra las desestimaciones presuntas no rige el plazo de seis meses del art. 46.1 de la LJCA, argumento que no fue compartido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 21 de enero de 2013, recurso 1656/2009, Ponente: Ferrando Marzal, Mariano Miguel (LA LEY 37077/2013).

Con bastante claridad, el Tribunal diferencia en su fundamento jurídico tercero las impugnaciones contra las actuaciones en vía de hecho de las desestimaciones presuntas: *Porque no es óbice a tal conclusión lo argüido por la parte recurrente acerca de la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional que llega a la conclusión de que no hay plazo para recurrir en tanto en cuanto la Administración no cumpla con su obligación de resolver las solicitudes que le formulan los administrados porque dicha doctrina se refiere a supuestos de desestimación por silencio de recursos de reposición o de solicitudes deducidas en vía administrativa y al computo del plazo para recurrir previsto en el artículo 46.1 contra el acto presunto; y dichos supuestos no son asimilables al que ahora nos ocupa, ya que aquí no se está recurriendo contra la desestimación presunta de un recurso o de una solicitud, sino contra la vía de hecho, de suerte que no cabe extrapolar la doctrina indicada para la desestimación presunta para este supuesto.*

Sobre el requerimiento previo en las actuaciones en vía de hecho, señala la sentencia que *no convierte el recurso en una impugnación de la desestimación presunta de dicha intimación pues se sigue recurriendo contra la vía de hecho y por ello para aplicar este procedimiento especial deberá ajustarse a los plazos establecidos en el artículo 46.3 y así poder aplicar medidas especiales, como las contempladas en el artículo 136 de la Ley Jurisdiccional, como expresamente indica la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción al precisar que "en el caso del recurso contra la inactividad de la Administración, la Ley establece una reclamación previa en sede administrativa; en el del recurso contra la vía de hecho, un requerimiento previo de carácter potestativo, asimismo en sede administrativa. Pero eso no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos. Ni, como se ha dicho, estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación, total o parcial, de la reclamación o el requerimiento constituyan auténticos actos administrativos, expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial. En caso contrario, lo que se impugna sin más trámites es, directamente, la inactividad o actuación material correspondiente, cuyas circunstancias delimitan el objeto material del proceso".*

Queda, por tanto, claro que la inadmisión por extemporánea de los recursos contra las actuaciones de la Administración en vía de hecho, aun cuando se hubiese realizado el requerimiento o intimación a que se refiere el art. 30 de la LJCA, no se ha de basar en rebasar el plazo de seis meses regulado en el art. 46.1 para las desestimaciones presuntas, sino los plazos específicos previstos para estas actuaciones en el art. 46.3; por lo que tampoco es objeto de debate ni discusión doctrinal si dicha inadmisión por extemporánea supone una vulneración del principio de tutela judicial efectiva, como ocurre con las inadmisiones por extemporáneas de los recursos contencioso administrativos contra las desestimaciones presuntas, objeto del presente informe de jurisprudencia.

III. Doctrina jurisprudencial sobre la inadmisión

A pesar de los pronunciamientos particulares sobre la inadmisión de recursos contencioso administrativos contra desestimaciones presuntas por extemporáneos, al haber transcurrido el plazo de seis meses regulado en el art. 46.1 de la LJCA, la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional es contraria a dicho criterio. Resumamos este parecer en la resolución del recurso de amparo por la sentencia n.º 171/2008 del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 2008, recurso 11207/2006, Ponente: Pérez Tremps, Pablo (LA LEY 193638/2008), ya citada en el apartado anterior.

En su fundamento jurídico único, el Tribunal tiene declarado: *El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la decisión judicial de inadmitir por extemporáneo el recurso interpuesto por la entidad recurrente frente a un acto administrativo presunto ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).*

La consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre la negativa incidencia que tiene en el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión por extemporaneidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados (por todas, STC 72/2008, de 23 de junio, FJ 3), conduce al otorgamiento del amparo solicitado. En efecto, en el presente caso, sin necesidad de entrar a analizar la cuestión relativa al cómputo del mes de agosto, el mero hecho de que la resolución judicial impugnada haya tomado como presupuesto de su decisión la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo, so pena de convertir esa inactividad en un consentimiento con el acto presunto, es suficiente para considerar vulnerado el derecho de la entidad recurrente a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

La sentencia del mismo órgano a la que se remite es la de 23 de junio de 2008, recurso 6615/2005, Ponente: Casas Baamonde, María Emilia (LA LEY 86257/2008). El amparo se solicitó respecto de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de julio de 2005 que inadmitió un recurso contencioso-administrativo al apreciar la excepción planteada por la parte demandada sobre la extemporaneidad del mismo. A pesar de no aceptar el tribunal de instancia el cómputo del plazo realizado por el Ayuntamiento demandado, el órgano judicial argumentó que, en cualquier caso, el expediente de responsabilidad patrimonial debió entenderse rechazado por silencio administrativo; en definitiva, afirma el órgano judicial, si el cómputo del silencio administrativo comenzó el 9 de abril de 1999, la demandante dispuso de seis meses para acudir a la vía contencioso-administrativa, en concreto hasta el 9 de octubre de 1999; al interponer el recurso el 21 de diciembre de 1999 lo hizo de manera extemporánea.

Con la estimación del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional considera que la inadmisión por extemporáneo del recurso interpuesto por la demandante frente a un acto administrativo presunto, ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva. Para ello, se sienta la doctrina ya arraigada por el Alto Tribunal, de que *el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; se ha declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, este Tribunal ha concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto admi-*

nistrativo presunto, en realidad nunca producido, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable -y menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 CE-, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa.

Este es el argumento base del Tribunal Constitucional en ésta y en otras sentencias anteriores y posteriores, para considerar que la desestimación por silencio no puede considerarse un acto administrativo con los mismos efectos que un acto expreso; por eso, concluye la sentencia que *la interpretación que defiende la Sentencia impugnada, imponiendo a la demandante la obligación de reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo de su solicitud, so pena de convertir esa inactividad en su consentimiento con el acto presunto, supone una interpretación irrazonable que choca frontalmente, conforme acabamos de recordar, con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.*

Como hemos señalado, esta doctrina se ha mantenido en sentencias posteriores, incluso ya vigente la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999. Así resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de marzo de 2012, recurso 9689/2009 Ponente: Aragón Reyes, Manuel (LA LEY 19220/2012) que, en su fundamento jurídico décimo, señala: *Por ello, este Tribunal concluye que resultan contrarios al art. 24.1 CE los pronunciamientos judiciales de inadmisión de recursos contencioso-administrativos por extemporaneidad (por no haber impugnado judicialmente en su día la desestimación presunta del recurso administrativo) fundamentados en considerar la existencia de una resolución administrativa expresa dictada fuera de plazo sólo como un acto confirmatorio de lo ya resuelto de manera consentida y firme por silencio, en tanto que supone una interpretación irrazonable y contraria al principio pro actione deducir del comportamiento pasivo de quien recurre, derivado de la propia inactividad de la Administración, un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado.*

Este argumento consolidado ha llevado al Tribunal Constitucional a estimar numerosos recursos de amparo que, de acuerdo con su configuración procesal, han permitido proteger el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos que habían sido perjudicados por actos concretos de los poderes públicos en los distintos procesos enjuiciados en cada caso.

IV. Constitucionalidad del artículo 46 de la LJCA

Si bien la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la inadmisión por extemporáneos de los recursos contencioso administrativos contra desestimaciones presuntas lo han sido en sede de recursos de amparo contra actuaciones concretas, concediendo el mismo en base al principio de tutela judicial efectiva, la importancia de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2014, citada al inicio de este estudio, deviene de que se ha dictado para resolver una cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mediante Auto 100/2005, de 12 de abril, respecto del art. 46.1, inciso segundo, de la LJCA.

El supuesto de hecho planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha versaba sobre una sanción administrativa respecto de la cual el sancionado había interpuesto un recurso ordinario el 23 de diciembre de 1998, recurso que no había sido resuelto por la Administración demandada, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la sanción en un escrito registrado el 14 de febrero de 2001. En esa fecha, ya había transcurrido el plazo previsto legalmente para entender desestimado el recurso en vía administrativa contra la multa, el 23 de marzo de 1999,

en virtud del art. 115.2 de la Ley 30/1992 y también había vencido el plazo de seis meses a que se refiere al art. 46.1 LJCA, cuyo último día había sido el 23 de septiembre de 1999.

En sede contencioso administrativa, la Administración demandada opuso la extemporaneidad del recurso por haberse superado los seis meses para interponer el recurso, establecidos en el art. 46.1 de la LJCA, contados desde el vencimiento del plazo que permitía tener por desestimado el recurso ordinario.

En el antecedente tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional, se relacionan los argumentos mantenidos por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha para considerar que no es posible constitucionalmente establecer un plazo de caducidad para la interposición del recurso contencioso-administrativo en los casos en que la Administración no ha dado respuesta a la petición efectuada por el administrado, pues ello es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, al oponer obstáculos irrazonables y excesivos al acceso a los Tribunales por parte de los ciudadanos. Para ello, transcribe la doctrina que hemos referido en el apartado anterior, con apoyo en los pronunciamientos constitucionales también citados; justifica asimismo la improcedencia de la inadmisibilidad en la ausencia de efectos prácticos por el transcurso de los seis meses, pues *siempre cabría al particular, aun después del transcurso de los seis meses, la posibilidad de reclamar a la Administración que cumpliera su obligación de resolver, abriendo así un cauce al recurso contencioso-administrativo contra la denegación expresa o presunta de esta solicitud. A lo que añade que va en contra de toda economía procesal, y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, inadmitir el recurso contencioso-administrativo y que el administrado pueda acudir a la Administración en reclamación de una resolución expresa para luego volverla a impugnar ante los Tribunales.*

En base a dichos argumentos, el Tribunal de instancia considera que el principio de tutela judicial efectiva, no solo ha de legitimar la estimación de los recursos de amparo contra las decisiones jurisprudenciales de inadmisión de recursos contencioso administrativos contra desestimaciones presuntas por extemporáneas, sino que justifica además la declaración de inconstitucionalidad de la previsión del plazo de seis meses previsto en el art. 46.1, segunda frase.

Al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se han opuesto tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal con el siguiente argumento: para salvar la constitucionalidad del precepto cuestionado, se plantean dos hipótesis posibles de aplicación del art. 46.1, in fine: a) supuestos en los que existe un único interesado, donde *el precepto legal ha de ser considerado inútil porque, conforme a la doctrina constitucional expuesta, la ficción legal que el silencio conlleva conduce a afirmar que el administrado puede impugnar el acto presunto sin sujeción a plazo, precisamente porque la Administración no puede beneficiarse de su incumplimiento de la obligación de dictar resolución expresa;* b) supuestos en que, además del solicitante, existen otros interesados o concernidos por la actuación administrativa, ya que en estos casos *está plenamente justificado el establecimiento de un plazo más allá del cual no quepa la impugnación del acto presunto, pues entonces el incumplimiento del deber de resolver no solo benefició a la Administración sino también a otros interesados dignos de protección. Ello sin perjuicio de que, una vez que se dicte la resolución expresa quepa entablar el recurso jurisdiccional correspondiente.*

En definitiva, el Fiscal considera que en aquellos casos en que únicamente se hallen en conflicto los intereses generales de la Administración con los del particular solicitante, simplemente resultaría inaplicable el precepto por observancia de la doctrina constitucional sobre la operatividad del silencio administrativo negativo, pero no puede predicarse la inconstitucionalidad del mismo porque la seguridad jurídica se vería seriamente comprometida cuando aparecen implicados también los intereses de terceros

Pues bien, el Tribunal Constitucional diferencia cual haya de ser su posición en los procesos de amparo y en los de control de constitucionalidad, ya que en los primeros se realiza un análisis particular del caso enjuiciado y una aplicación muy concreta e individualizada del principio de tutela judicial efectiva. Sin embargo, en el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad *se trata ahora es de enjuiciar en abstracto el precepto legal cuestionado (art. 27 LOTC), no de proteger los derechos de las personas afectadas por actos concretos de aplicación.*

En ese juicio abstracto, el Tribunal realiza un análisis del contexto normativo del precepto cuestionado y su relación con otras normas de directa aplicación, como es el caso de la Ley 30/1992 en relación con el concepto de acto presunto que el propio artículo 46.1 de la LJCA cita. Efectivamente, *la expresión «acto presunto» utilizada en el inciso cuestionado del artículo 46.1 LJCA procede de la redacción original de la Ley de procedimiento administrativo común de 1992, la cual, sin embargo, a partir de la reforma introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ofrece un nuevo tratamiento jurídico de los efectos de la falta de resolución expresa.*

Sintéticamente, el Tribunal Constitucional señala que la eficacia del acto presunto, estimatorio o desestimatorio, en la concepción originaria de la Ley 30/1992, se supedita a la emisión de la llamada «certificación de acto presunto», cuyo contenido debía expresar, entre otros aspectos, los efectos de la falta de resolución expresa. Una vez emitida esa certificación por el órgano competente, se producían dos importantes consecuencias jurídicas: por una parte, finalizaba la obligación de resolver de la Administración y, por otra, el llamado «acto presunto» resultaba plenamente eficaz y podía ser acreditado tanto por el interesado como por la Administración, con independencia de su carácter estimatorio o desestimatorio. En definitiva, el legislador configuró el llamado «acto presunto» como un verdadero acto administrativo de carácter estimatorio o desestimatorio, según los casos y plenamente eficaz a partir de la emisión de la certificación correspondiente.

Con la reforma de la Ley 30/1992 operada con la Ley 4/1999 se vuelve a la configuración del silencio desestimatorio cuyos efectos sean solo permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. *Con ello se desechó la construcción del «acto presunto de carácter desestimatorio» entendido hasta entonces por el legislador como un acto administrativo dotado de un contenido determinado (denegatorio), y se volvió a la configuración tradicional de los efectos del silencio negativo, como mera ficción procesal habilitada por el legislador para dejar expedita la vía impugnatoria procedente. También se precisa ahora que, en los supuestos en los que se producen los efectos del silencio negativo, la Administración mantiene la obligación de resolver expresamente, «sin vinculación alguna al sentido del silencio».*

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Constitucional parte de tres consideraciones: a) Con la reforma de la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999, el artículo 46.1 de la LJCA no se ha modificado, a pesar de su referencia al acto presunto; b) en los supuestos de silencio negativo ya no existe un acto administrativo denominado «presunto»; c) estando la Administración obligada a resolver expresamente, sin vinculación al sentido negativo del silencio, el inciso segundo del art. 46.1 de la LJCA ha dejado de ser aplicable a dicho supuesto.

Por lo anterior, la conclusión del Tribunal Constitucional es que *así entendido, es manifiesto que el inciso legal cuestionado no impide u obstaculiza en forma alguna el acceso a la jurisdicción de los solicitantes o los terceros interesados afectados por una desestimación por silencio. Por todo ello, procede declarar que el inciso legal cuestionado no vulnera el artículo 24.1 CE*, manteniendo el criterio sostenido en los procesos de amparo, que la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 de la LJCA.

Voto particular

La magistrada Adela Asua Batarrita, a su vez ponente de la sentencia, ha formulado un voto particular en el que argumenta que la arraigada línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad con el art. 24.1 CE de la interpretación judicial de normas procesales que cerraban el paso a la jurisdicción de acciones impugnatorias frente a desestimaciones producidas por silencio administrativo, debería justificar la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Lo interesante de la argumentación de la magistrada, es que el reproche que realiza no es al establecimiento de un plazo de impugnación de las estimaciones o desestimaciones producidas por silencio administrativo que se prevé en el art. 46.1 de la LJCA, sino en el *dies a quo* del citado plazo de impugnación que fija el inciso cuestionado del art. 46.1. *Efectivamente el precepto establece que el plazo de seis meses comienza a correr, para el solicitante y para otros posibles interesados, «a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto». En este punto es donde el precepto resulta contrario a la Constitución, en cuanto que opera como obstáculo para el acceso a la jurisdicción de los solicitantes o de los posibles interesados en reaccionar en la vía jurisdiccional frente a los efectos del silencio. La previsión legal no ha tomado en cuenta la situación de quienes desconocen la producción de los efectos del silencio y el sentido de éste, como si pudiera presumirse que todo ciudadano deba conocer los plazos del silencio y sus efectos.*

Argumenta la magistrada su posición en el conflicto que se produce en los supuestos de actos defectuosamente notificados, donde la notificación no surte efectos sino cuando el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o interponga cualquier recurso que proceda (art. 58.3 de la Ley 30/1992), lo que en definitiva supone dejar a la disponibilidad del interesado darse por notificado del acto, momento a partir del cual comienza a contar el plazo prefijado legalmente. Acertadamente, la magistrada advierte que, en los supuestos, no de notificación defectuosa, sino de ausencia de notificación e incluso de resolución por producirse los efectos del silencio negativo, el inicio del cómputo para recurrir –seis meses– se produce a partir de que se produzcan los efectos del acto presunto (en la terminología del art. 46.1 de la LJCA), es decir, desde que surgen los efectos legamente previstos del silencio administrativo. *No se prevé aquí margen alguno para la disponibilidad del dies a quo por el administrado. Tal diferencia de regulación es de difícil explicación lógica desde la perspectiva no solo de la armonía del sistema, sino también de los valores constitucionales y del propio sentido de la institución del silencio administrativo (...). Esta diferencia de tratamiento no puede considerarse acorde con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) así como con los valores que proclaman los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE.*

V. Conclusiones

De la lectura del argumentario contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional que ha resuelto la cuestión de constitucionalidad del art. 46.1 de la LJCA, en lo referente al plazo máximo de seis meses para interponer el recurso contencioso administrativo contra los actos que ponen fin a la vía administrativa si no son expresos o, como también se dice en el precepto, si son presuntos, así como de la doctrina emanada del mismo Tribunal en la resolución de numerosos recursos de amparo contra pronunciamientos jurisprudenciales inadmitiendo por extemporáneos recursos contenciosos interpuestos sobrepasando dicho plazo de seis meses, extraemos una conclusión indubitada, indiscutible y de evidente trascendencia para la práctica procesal: no es posible establecer un plazo de caducidad para la interposición del recurso contencioso-administrativo en los casos en que la Administración no ha dado respuesta a la petición efectuada por el administrado, pues ello es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE, al oponer obstáculos irrazonables y excesivos al acceso a los Tribunales por parte de los ciudadanos.

Y esta conclusión debe sostenerse con independencia del análisis constitucional que de modo abstracto deba realizarse del precepto.

Ahora bien, respecto de dicho análisis, son significativas tres posturas diferenciadas:

a) Una primera del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal al oponerse a la cuestión de constitucionalidad, que consideran que en las relaciones entre Administración y administrado como único interesado en la relación jurídica provocada, *el precepto legal ha de ser considerado inútil porque el administrado puede impugnar el acto presunto sin sujeción a plazo, precisamente porque la Administración no puede beneficiarse de su incumplimiento de la obligación de dictar resolución expresa*; y si, además del solicitante, existen otros interesados o concernidos por la actuación administrativa, *está plenamente justificado el establecimiento de un plazo más allá del cual no quepa la impugnación del acto presunto, pues entonces el incumplimiento del deber de resolver no solo benefició a la Administración sino también a otros interesados dignos de protección*.

b) La segunda opinión es la resultante del fallo de la sentencia del Constitucional, que considera el precepto ajustado al principio constitucional de tutela judicial efectiva, pues en los supuestos de silencio negativo ya no existe un acto administrativo denominado «presunto», por lo que el inciso segundo del art. 46.1 de la LJCA ha dejado de ser aplicable a dicho supuesto y *no impide u obstaculiza en forma alguna el acceso a la jurisdicción de los solicitantes o los terceros interesados afectados por una desestimación por silencio*.

c) La tercera y última es la mantenida por la magistrada ponente de la sentencia en su voto particular, que matiza que el reproche de constitucionalidad no debe ser aplicado al establecimiento del plazo de caducidad para la interposición del recurso —seis meses—, sino a la consideración del *dies a quo* para dicho cómputo, que no debe ser *a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto*, sino que, a modo y semejanza como ocurre con las notificaciones defectuosas, el *dies a quo* debería considerarse a partir de que los interesados realicen actuaciones que supongan conocimiento de la producción de los efectos del silencio y del sentido, estimatorio o desestimatorio, de tales efectos.

Expuestas las distintas opiniones sobre la constitucionalidad o no del precepto e, insistimos, superada la problemática procesal resultante de la interposición de los recursos contencioso administrativos transcurridos más de seis meses desde que se producen los efectos del silencio desestimatorio, acogemos, como opinión particular y sin precisar desarrollo por remitirnos a tal efecto al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2014, la sostenida por la magistrada que ha emitido el voto particular, a favor de la inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 46.1 de la LJCA, y no de su simple inaplicabilidad.

VI. Cuadro de Sentencias estudiadas más relevantes

TRIBUNAL	NUM/FECHA	Nº RECURSO/PONENTE	SÍNTESIS
Tribunal Constitucional	10 de abril de 2014	recurso 2918/2005, Ponente: Asua Batarrita, Adela (LA LEY 42606/2014)	Desestima cuestión de constitucionalidad sobre el art. 46.1 LJCA. Voto particular en sentido contrario
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada	31 de julio de 2006	recurso 2668/2000	Inadmisión por extemporáneo de recurso contencioso transcurridos seis meses desde el silencio
Sentencia n.º 171/2008 del Tribunal Constitucional	15 de diciembre de 2008	recurso 11207/2006, Ponente: Pérez Tremps, Pablo (LA LEY 193638/2008)	No es posible establecer un plazo de caducidad para la interposición del recurso contencioso en los casos de silencio negativo
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana	21 de enero de 2013	recurso 1656/2009, Ponente: Ferrando Marzal, Mariano Miguel (LA LEY 37077/2013).	Inadmisión por extemporáneo de recurso contencioso en actuaciones por vía de hecho de la Admon.



La casación contencioso-administrativa en el Anteproyecto de la nueva LOPJ

Por José Ramón Rodríguez Carbajo
Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo

El Consejo de Ministros del día 4 de abril de 2014 ha decidido comenzar la tramitación del Anteproyecto de una nueva LOPJ. En el presente estudio se analizan las importantes novedades que ese Anteproyecto introduce en la regulación de los recursos de casación contencioso-administrativos.

I. EL RECURSO DE CASACIÓN EN GENERAL EN EL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LOPJ: CASACIÓN DE ADMISIÓN REGLADA Y DE ADMISIÓN DISCRECIONAL

Al recurso de casación en general le dedica el Anteproyecto de la nueva LOPJ el capítulo II (*Recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo*) del nuevo título IV que lleva por rúbrica *Vinculación al sistema de fuentes establecido*) que consta de los arts. 41 a 45, ambos inclusive.

El primero de esos artículos, el 41, bajo la rúbrica *Órgano competente para el conocimiento del recurso de casación* dice que:

«Al objeto de promover la unidad en la interpretación y aplicación de las leyes y demás normas jurídicas por parte de los Tribunales, el Tribunal Supremo conocerá del recurso de casación por infracción del Derecho estatal o del Derecho de la Unión Europea».

Pero lo esencial de esa breve regulación es la distinción entre el recurso de casación de admisión reglada y el de admisión discrecional. A ambos se refiere la exposición de motivos del Anteproyecto en su apartado II en los siguientes términos:

«Finalmente, el sistema adquiere coherencia con una última novedad en este campo: el reforzamiento del recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Dicho reforzamiento del recurso de casación consiste en abrir esta vía de impugnación a cualquier resolución de los Tribunales inferiores, de manera que no existan sectores del ordenamiento jurídico excluidos a priori del control de legalidad y de la consiguiente unificación de criterios interpretativos que corresponden

al Tribunal Supremo. Para ello, se menciona una serie de situaciones en que objetivamente existe un interés para abrir el recurso de casación, que se regulan, siguiendo el modelo aplicado hasta ahora, en las leyes procesales correspondientes a cada orden jurisdiccional.

Además, se hace hincapié en dos cuestiones adicionales. La primera es que la función del Tribunal Supremo no queda reducida a la unificación de criterios interpretativos, sino que, para el correcto funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, debe seguir ejerciendo el control casacional en supuestos de admisión reglada por materia o por cuantía, de la misma manera que está plenamente justificado que determinados asuntos –por su especial trascendencia- sean enjuiciados en primer y último grado por el propio Tribunal Supremo. Limitar el papel del Tribunal Supremo al conocimiento de asuntos admitidos discrecionalmente debilitaría enormemente su capacidad de influir en el resto de los órganos judiciales, sencillamente porque la verdadera jurisprudencia no se construye mediante sentencias aisladas y puntuales, sino recordando y afinando constantemente el criterio a seguir ante cada problema relevante; y ello, como es obvio, sólo puede llevarse a cabo si determinada clase de asuntos tienen, en todo caso, legalmente garantizado el acceso a la casación. La admisión puramente discrecional de los recursos de casación en todos los casos no sólo tropezaría con pautas muy arraigadas en nuestra cultura jurídica, sino que podría prestarse a abusos. La otra observación tiene que ver con la previsión de que el recurso de casación opere como vía de protección de los derechos fundamentales».

Respecto al recurso de casación de admisión reglada, el art. 42, bajo la rúbrica *Sentencias recurribles por materia y cuantía*, se limita a decir que:

«Serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, aquellas sentencias dictadas por los Tribunales que, por razón de la materia o de la cuantía, determine la correspondiente ley procesal».

Y en cuanto al recurso de casación de admisión discrecional, basado en el interés casacional, el Anteproyecto señala que:

«Artículo 43. Sentencias recurribles por concurrir interés casacional.

Fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior, cabrá interponer recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo frente a sentencias y, en su caso, autos dictados por Tribunales inferiores en todos los órdenes jurisdiccionales cuando concurren las dos condiciones siguientes:

- a) La sentencia no sea susceptible de recurso en ulterior instancia.
- b) Se aprecie en el examen del recurso la existencia de interés casacional.

Artículo 44. Interés casacional.

Corresponde al recurrente acreditar la existencia de un interés casacional que justifique, atendidas las circunstancias del caso concreto, un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Artículo 45. Motivos del recurso de casación.

El recurso de casación en interés casacional deberá fundarse en motivos tasados, que serán establecidos por la correspondiente ley procesal».

II. LOS RECURSOS DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN GENERAL EN EL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LOPJ

A diferencia de la regulación del Anteproyecto para el recurso de casación en general que acabamos de examinar y que tiene rango normativo de ley orgánica, la regulación contenida en el Anteproyecto para los recursos de casación contencioso-administrativos se contiene en su disposición final 4ª mediante la modificación de una parte de los preceptos de la LJCA y tiene rango de ley ordinaria (disposición final 1ª).

Se exceptúa de lo expuesto el art. 91 del Anteproyecto que, bajo la rúbrica *Sección para la unificación de doctrina contencioso-administrativa*, establece que:

«Una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, formada por el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y cinco Jueces de esta misma Sala, que serán los dos más antiguos y los tres más modernos, conocerá del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de dicha Sala».

El Anteproyecto de la nueva LOPJ mantiene los preceptos de la LJCA que regulan el recurso de casación ordinario y el recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina, modifica radicalmente los preceptos que la actual LJCA dedica al recurso de casación estatal para la unificación de doctrina y suprime como tales los recursos de casación –estatal y autonómico- en interés de la Ley.

Vamos a referirnos a esas modalidades casacionales señalando para cada una de ellas: su regulación actual, la regulación que tenía en la propuesta de Anteproyecto de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa elaborada en marzo de 2013 en el seno de la Comisión General de Codificación y la que se encuentra prevista en el Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014.

III. EL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

1. La situación actual: recurso de admisión reglada y solo contra resoluciones dictadas en única instancia (no en apelación) por la Audiencia Nacional o por los TSJ

El recurso de casación ordinario vigente solo cabe contra sentencias y autos que hayan sido dictados en única instancia (no, por tanto, en vía de apelación) por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ y por la de la Audiencia Nacional.

No obstante, se exceptúan del acceso a la casación ordinaria aquellos asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000€ (excepto cuando se trate del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en cuyo caso cabe casación ordinaria cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso).

También están excluidas del recurso de casación ordinario por razón de la materia las resoluciones siguientes:

- las que se refieren a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.
- las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el art. 122 de la LJCA.
- las dictadas en materia electoral.

Si bien existe la contraexcepción prevista en el art. 86.3 de la LJCA con arreglo al cual cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional o de los TSJ que declaren la validez o nulidad de una disposición de carácter general.

Por último, se excluyen del recurso de casación ordinario aquellas resoluciones de los TSJ que hayan sido dictadas fundándose en normas de Derecho autonómico o local, es decir, se excluye a las resoluciones dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ cuando el recurso de casación no se funda en normas de Derecho estatal o comunitario europeo que hayan sido relevantes y determinantes del fallo recurrido (art. 86.4 LJCA).

Por lo demás, se trata de un recurso de admisión reglada, de forma que será admitida siempre que se den los requisitos de cuantía y materia establecidos en la LJCA.

2. Rasgos básicos de la regulación del recurso de casación ordinario en la propuesta de Anteproyecto de la Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2013: recurso de casación universal y de admisión discrecional

Según la previsión de esa propuesta de Anteproyecto, todas las resoluciones –incluso las dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y con independencia de que hayan sido dictadas en única instancia o en apelación– pueden tener acceso a la casación (recurso de casación universal)

Como señala el informe explicativo de esa propuesta de Anteproyecto, se suprime la delimitación objetiva de las sentencias recurribles, pasando a serlo potencialmente todas; es decir, con esa propuesta de Anteproyecto podrían acceder a la casación cualesquiera sentencias dictadas en única o segunda instancia, tanto las procedentes de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, como las dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Así, cualquier asunto, aun no siendo apelable, puede ser objeto de interpretación –y por tanto dar lugar a jurisprudencia– por parte del Tribunal Supremo (o del Tribunal Superior de Justicia, cuando se trate de la interpretación de Derecho autonómico).

Así, señala el informe explicativo, numerosos asuntos que hoy no pueden acceder al Tribunal Supremo, por razones de cuantía o por provenir de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, ahora sí podrían acceder al órgano judicial encargado de la formación de jurisprudencia. Asuntos de importancia cotidiana para los ciudadanos, como multas, subvenciones, medidas de asistencia social, licencias, etc., podrían ser ahora objeto de interpretación uniforme por medio de sentencias dictadas en casación por el Tribunal Supremo (o, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, cuando se trate de aplicar Derecho autonómico). Solamente quedarían fuera del recurso de casación algunos asuntos muy concretos que disfrutaban hoy de vías procesales específicas: el ejercicio del derecho de reunión y asuntos contencioso-electorales. Por último, la propuesta de Anteproyecto adaptaba a la nueva regulación casacional la posible impugnación de algunos autos: de medidas cautelares, en ejecución de sentencias y de extensión de efectos de sentencias

Por lo que se refiere al recurso de casación ordinario contra sentencias, el art. 86 de la LJCA pasaría a tener la siguiente redacción:

«1. Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

2. También serán susceptibles de recurso de casación, ante la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, las sentencias pronunciadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

3. Se exceptúan de lo establecido en los apartados anteriores las sentencias recaídas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales.

4. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si el recurso se endereza a fijar la interpretación de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea relevantes y determinantes del fallo impugnado.

5. Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de funcionamiento».

En cuanto al recurso de casación contra autos, el art. 87 de la LJCA pasaría a tener la siguiente redacción:

«1. También cabrá recurso de casación, en los mismos términos que para la sentencias, contra los autos que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o que hagan imposible su continuación, así como contra los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares y los dictados en ejecución de sentencia. Los autos que decidan la extensión de efectos de una sentencia serán recurribles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110.9 de esta Ley.

2. Para que pueda interponerse el recurso de casación en los supuestos previstos en el apartado anterior, resultará requisito necesario instar previamente el recurso de súplica».

Por lo demás, esa propuesta de Anteproyecto convertiría a la casación en un recurso de admisión discrecional. Tiene interés seguir exponiendo los fundamentos en que se basaba ese régimen de admisión porque el mismo va a ser recogido sustancialmente por el Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014 si bien referido al recurso de casación para la unificación de doctrina.

Así, según la propuesta de Anteproyecto de 2013, los recurrentes no tendrían derecho a la admisión a trámite de su recurso por el mero cumplimiento de unos requisitos formales (incluida la invocación de un «motivo» de casación). La admisión sería una decisión cualitativa y objetiva por parte del Tribunal, basada en su propia consideración sobre la conveniencia de formar jurisprudencia en torno a un concreto precepto del ordenamiento jurídico. En consonancia con esta configuración objetiva del recurso de casación, el Anteproyecto propone que el Tribunal motive, únicamente —y mediante auto— los recursos admitidos a trámite (nuevo art. 90.1 LJCA). En cambio, los asuntos inadmitidos serían objeto de una providencia de inadmisión. La providencia de inadmisión simplemente se limitaría a precisar si la inadmisión se debe a un defecto formal, a la no concurrencia de un requisito objetivo o a la falta de interés casacional. En estos términos, y siguiendo una jurisprudencia constitucional ya muy elaborada sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los recursos extraordinarios, el derecho procesal del recurrente consistiría, únicamente, en la facultad de presentar su recurso ante el Tribunal Supremo (o Tribunal Superior de Justicia) y obtener una resolución (auto de admisión o providencia de inadmisión) sobre su recurso. El recurrente no tendría derecho —ni legal ni constitucional— a que el Tribunal le motivara específicamente por qué su recurso carece de interés casacional.

En consonancia con esa forma de pensar, el art. 90 de la LJCA quedaría redactado así según esa propuesta de Anteproyecto:

«1. La Sala resolverá sobre la admisión del recurso. Esta decisión adoptará la forma de providencia, si resuelve la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite. El auto de admisión delimitará el ámbito del debate y de la decisión en casación. La providencia de inadmisión únicamente indicará si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias: que no se cumplen los requisitos reglados de plazo, legitimación y naturaleza de la resolución que se pretende impugnar; o que el recurso no presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. Contra las providencias de inadmisión y los autos de admisión no cabrá recurso alguno.

3. El Secretario de la Sala comunicará inmediatamente la decisión adoptada al órgano jurisdiccional autor de la resolución recurrida.

4. El auto de admisión del recurso de casación se publicará en la página web del Tribunal Supremo. Con periodicidad semestral, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hará público, en la mencionada página web y en el Boletín Oficial del Estado, el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o de las normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución».

3. El recurso de casación ordinario en el Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014

El recurso de casación ordinario permanece en los mismos términos en que se encuentra regulado en la LOPJ sin sufrir alteración alguna. El mismo representa la modalidad casacional de admisión reglada en los términos a los que anteriormente nos hemos referido.

Lo que hace ese Anteproyecto de la LOPJ es trasladar la casación universal y de admisión discrecional del recurso de casación ordinario en el que la situaba la propuesta de Anteproyecto de 2013 a un nuevo recurso al que, equivocadamente, denomina recurso de casación para la unificación de doctrina

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN ESTATAL PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

1. Modificación de los órganos judiciales cuyas sentencias tienen acceso a esta modalidad casacional

A) Situación actual: se admite contra sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia

La explicación del ámbito del actual recurso de casación estatal para la unificación de doctrina no es sencilla puesto que exige su delimitación con el recurso de casación ordinario.

1. Ámbito del recurso de casación ordinario

A) Los autos

A diferencia del recurso de casación ordinario en el cual son susceptibles de casación tanto las sentencias como los autos en los supuestos previstos en el art. 87.1 y 2 de la LJCA, en el recurso de casación para la unificación de doctrina solo son recurribles las sentencias.

B) Sentencias susceptibles de recurso de casación ordinario por razón de la cuantía

El recurso de casación para la unificación de doctrina es subsidiario del recurso de casación ordinario y, por tanto, no puede interponerse contra sentencias contra las que cabe interponer recurso de casación ordinario, bien porque su cuantía sea indeterminada o porque su cuantía exceda de 600.000€ (excepto cuando se trate del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona en cuyo caso cabe casación ordinaria cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso).

C) Sentencias susceptibles de recurso de casación ordinario por razón de la materia

Son:

- Las cuestiones de personal que afectan al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.
- Las dictadas en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
- El recurso de casación que versa sobre la impugnación directa o indirecta de Reglamentos en el supuesto previsto en el art. 86.3 de la LJCA.

D) Sentencias excluidas del recurso de casación ordinario por razón de la materia

Son:

- las que se refieren a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.
- las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el art. 122 de la LJCA.
- las dictadas en materia electoral.

E) Sentencias excluidas del recurso de casación ordinario por fundarse en normas de Derecho autonómico o local

Se trata de las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ cuando el recurso de casación no se funda en normas de Derecho estatal o comunitario europeo que hayan sido relevantes y determinantes del fallo recurrido (art. 86.4 LJCA).

Cuando el recurso se funda en infracción de normas emanadas de una Comunidad Autónoma nos encontramos ante el recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina (art. 99 LJCA).

2. Ámbito del recurso de casación estatal para la unificación de doctrina

Son objeto de ese recurso exclusivamente aquellas sentencias que no estando comprendidas entre las resoluciones señaladas en los distintos apartados que acabamos de enumerar en el punto 1 anterior, hayan sido dictadas en asuntos cuya cuantía exceda de 30.000 € y no supera los 600.000 € en única instancia (no, por tanto, las dictadas en apelación o casación) por las siguientes Salas de lo Contencioso-Administrativo:

- Las de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando incurran en contradicción con otras sentencias dictadas por esa u otra Sala de ese TSJ o de otros TSJ o de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo.

- Las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que incurran en contradicción con otras sentencias dictadas por la misma Sala o por las Salas de los TSJ o por el Tribunal Supremo.

- Las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando incurran en contradicción con otras sentencias dictadas por la misma Sala Tercera. No obstante, hay que tener en cuenta que cuando el recurso se dirige contra sentencias dictadas (por supuesto, en única instancia) por el Tribunal Supremo procederá el recurso de casación para la unificación de doctrina incluso cuando su cuantía exceda de 600.000 € ya que respecto a ellas no cabe recurso de casación ordinario.

B) Las previsiones de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 2013: solo se admitirá casación para unificación de doctrina contra sentencias dictadas en única instancia por la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo

El que la propuesta de Anteproyecto denomina recurso *extraordinario* estatal de casación para la unificación de doctrina podrá interponerse solo contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo cuando respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

De este recurso conocerá una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo compuesta por el Presidente de la Sala y seis Magistrados de la misma, los tres más antiguos y los tres más modernos. (Se excluye de esa Sección al presidente del Tribunal Supremo que actualmente sí forma parte de ella, cfr. art. 96.6 de la LJCA).

El procedimiento es, prácticamente, una reproducción literal del procedimiento actual del recurso de casación estatal para la unificación de doctrina.

C) El Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014: se admite contra sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo ¿y del Tribunal Supremo?

El nuevo art. 96.1 de la LJCA queda redactado así en el Anteproyecto de la nueva LOPJ:

«Fuera de los supuestos previstos en el artículo 86, las sentencias contra las que no quepa ulterior recurso dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, así como por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, serán susceptibles de recurso de casación siempre que ello sea conveniente para alcanzar la unificación de doctrina».

Es decir que, frente a la situación actual, se suprime la posibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por la propia Sala Tercera del TS y, por el contrario, se agrega la posibilidad de recurrir en casación para unificación de doctrina las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo contra las que no que ulterior recurso.

Sin embargo, como hemos visto, el art. 91 del Anteproyecto, bajo la rúbrica *Sección para la unificación de doctrina contencioso-administrativa*, establece que:

«Una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, formada por el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y cinco Jueces de esta misma Sala, que serán los dos más antiguos y los tres más modernos, conocerá del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de dicha Sala».

No obstante, parece que los redactores del Anteproyecto se han olvidado de ese precepto a la hora de establecer la nueva redacción de los preceptos que la LJCA dedica al recurso de casación para la unificación de doctrina

2. Se elimina *la cuantía* como criterio de acceso al recurso de casación estatal para la unificación de doctrina

A) La situación actual

Son objeto de esta modalidad casacional exclusivamente aquellas sentencias que no estando comprendidas entre las resoluciones señaladas en los distintos apartados que enumeramos anteriormente, hayan sido dictadas en asuntos cuya cuantía exceda de 30.000 € y no supera los 600.000 €.

Solo se excepcionan los recursos de casación para unificación de doctrina contra sentencias del propio TS en cuyo caso cabe esa modalidad casacional cualquiera que sea su cuantía, incluso aunque exceda de 600.000 € ya que contra ellas no cabe casación ordinaria.

B) Las previsiones de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 2013

Dado que en el mismo solo se admitía el recurso de casación estatal para la unificación de doctrina contra sentencias dictadas por la propia Sala 3ª del TS no se exigía cuantía alguna.

C) El Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014

En él también se elimina la cuantía como requisito de acceso a la casación estatal para la unificación de doctrina.

3. Se elimina *la instancia* como criterio de acceso al recurso de casación estatal para la unificación de doctrina

A) La situación actual

En la LJCA vigente solo se admite la casación estatal para la unificación de doctrina cuando nos encontramos ante sentencias dictadas en única instancia no admitiéndose, por tanto, contra sentencias dictadas en recursos de apelación o de casación.

B) Las previsiones de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 2013

En el mismo solo se admitía el recurso de casación estatal para la unificación de doctrina contra sentencias dictadas por la propia Sala 3ª del TS en única instancia.

C) El Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014

En él se elimina *la instancia* como requisito de acceso a la casación estatal para la unificación de doctrina de forma que lo relevante es que se trate de sentencias contra las que no quepa ulterior recurso, hayan sido dictadas en única instancia o en recursos de apelación.

Solo en la modalidad prevista en el art. 91 de la LOPJ se exige que se trate de sentencias dictadas en única instancia (no, por tanto, en recurso de casación) por distintas Secciones de la Sala Tercera del TS.

4. La mutación del objeto tradicional del recurso de casación estatal para la unificación de doctrina

A) Situación actual.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, introdujo en nuestro ordenamiento los recursos de casación contencioso-administrativos en sus distintas variantes, entre ellas los de unificación de doctrina.

Hasta entonces, esa finalidad que ahora cumplen los recursos de casación para la unificación de doctrina se instrumentaba a través del recurso extraordinario de revisión que, entre otras causas, podía fundarse en que «las Salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos» (art. 102.1.b) de la LJCA de 1956 en la redacción de la reforma de 1973 y art. 96.1 de la LJCA de 1998).

B) Situación en la propuesta de Anteproyecto de 2013

En ella se mantenía la concepción tradicional de la casación para unificación de doctrina como medio de restablecer la perturbación ocasionada por la existencia de pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios.

C) La previsión en el Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014

Ese Anteproyecto lleva a cabo una mutación radical del objeto tradicional del recurso de casación para la unificación de doctrina. Dice así la redacción prevista para el art. 96.2 de la LJCA:

«2. Para justificar la mencionada conveniencia (de alcanzar la unificación de doctrina), en la sentencia impugnada habrá de concurrir alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que se haya aplicado normas en las que sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia, resulte insuficiente o imprecisa, o, aun existiendo, necesite ser reconsiderada por existir en apariencia razones fundadas que aconsejen su modificación.

b) Que se aparte deliberadamente de la jurisprudencia anterior al considerarla errónea.

c) Que fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

d) Que sienta una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

f) Que afecte a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del proceso.

g) Que 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.

h) Que interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

i) Que interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

j) Que resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

k) Que resuelva uno en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas».

De esas 10 causas que justificarían la admisión de la casación para la unificación de doctrina, solo la del apartado c) («Que fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido») responde a la concepción tradicional de la casación para la unificación de doctrina como instrumento destinado a resolver las contradicciones jurisprudenciales producidas.

Las 9 causas restantes son justificativas de la existencia de interés casacional; por eso, no tiene sentido que se siga denominando a este recurso como de «unificación de doctrina» cuando solo una de las diez causas en que puede ampararse responde a esa denominación y sería preferible llamarlo recurso de casación en interés casacional.

Además, muchas de esas causas no aparecen limitadas expresamente a los casos en que la sentencia impugnada haya aplicado normas estatales o de la Unión Europea por lo que, como más adelante insistiremos, habrá que delimitar adecuadamente este recurso estatal para la unificación de doctrina con su modalidad autonómica.

Y todo ello al margen del recurso del art. 91 del Anteproyecto –olvidado después en su disposición final 4º– que sí responde a la concepción tradicional de la unificación de doctrina por contradicción de sentencias.

5. Se convierte al recurso de casación estatal para la unificación de doctrina en un recurso de admisión discrecional para el Tribunal Supremo

A) Situación actual: recurso de admisión reglada

A diferencia del recurso de casación ordinario en el que la fase de admisión se desarrolla tanto ante el Tribunal a quo como ante el Tribunal *ad quem* (el TS), en los recursos de casación para la unificación de doctrina no existe fase de admisión ante el Tribunal de casación sino exclusivamente ante el Tribunal de instancia.

Así, establece el art. 97.3 y 4 de la LJCA que, si el escrito de interposición cumple los requisitos legales y se refiere a una sentencia susceptible de casación para la unificación de doctrina, el Secretario judicial admitirá el recurso.

Si, por el contrario, el Secretario judicial no considerase pertinente la admisión del recurso, dará cuenta a la Sala para que resuelva lo que proceda. Si la Sala considerase que procede inadmitir el recurso, pondrá de manifiesto sucintamente la posible causa de inadmisión a las partes, en el plazo común de cinco días, para que formulen las alegaciones que estimen procedentes. Contra el auto de inadmisión podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará con arreglo a lo establecido en la LEC (art. 97.4 de la LJCA).

Ahora bien, como esa descripción legal («si el escrito de interposición cumple los requisitos previstos en los apartados anteriores y se refiere a una sentencia susceptible de casación para la unificación de doctrina», art. 97.3 de la LJCA) es equívoca, el TS (por todos, ATS de 10 de febrero de 2011, recurso de queja 83/2010) ha tenido que precisarla en la forma siguiente:

– El control que la Sala sentenciadora debe ejercer al pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de un recurso de casación para la unificación de doctrina debe ceñirse, junto al examen de los requisitos generales sobre legitimación y postulación del recurrente, a los siguientes extremos: a) Si la interposición del recurso tiene lugar en el plazo legal de treinta días; b) Si contiene relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y se invoca razonadamente la infracción legal en que, a juicio del recurrente, incurre la sentencia impugnada; c) Si se acompaña al escrito de interposición del recurso certificación de la sentencia o sentencias alegadas con mención de su firmeza —cuando no lo fueran por ministerio de la ley— o, en su defecto, copia simple de su texto y justificación documental de haberse solicitado aquélla del órgano jurisdiccional competente (en tanto no se constituya el Registro de sentencias previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 29/1998).

– En cambio, a lo que no puede extenderse el control de la Sala de instancia es al examen de la identidad de las sentencias enfrentadas, toda vez que el juicio de contradicción, sustancial y en cuanto al fondo, es competencia exclusiva del Tribunal de casación, en este caso, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Por último, hay que advertir que el hecho de que no haya una fase de admisión de la casación para unificación de doctrina ante el Tribunal de casación no impide que éste pueda en su sentencia declarar inadmisibles esta modalidad casacional como luego veremos.

B) Situación en la propuesta de Anteproyecto de 2013: recurso de admisión reglada

El procedimiento previsto en ella era, prácticamente, una reproducción literal del procedimiento actual del recurso de casación estatal para la unificación de doctrina de la actual LJCA y, por tanto, era un recurso de admisión reglada sin más peculiaridad que, al admitirse solo contra sentencias dictadas por el TS, todo el procedimiento se desarrollaba ante él.

C) Situación en el Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014: recurso de admisión discrecional

En él se procede a convertir la casación para unificación de doctrina en un recurso de admisión discrecional para el TS. Así, comienza estableciendo la redacción prevista para el art. 96.1 de la LJCA que las sentencias que cita serán susceptibles de recurso de casación «siempre que ello sea conveniente para alcanzar la unificación de doctrina».

Y continúa la nueva redacción prevista para el art. 96 de la LJCA señalando que:

«3. Si la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo apreciare que no concurre ninguna de las circunstancias que hacen conveniente la unificación de doctrina (las que hemos visto que aparecen recogidas en el art. 96.2), acordará la inadmisión del recurso de casación mediante providencia. En caso contrario, dictará providencia acordando su admisión a trámite.

4. A los efectos previstos en el apartado anterior, la Sección de Admisión estará en todo caso integrada por el Presidente de la Sala y por cuatro Magistrados de la misma según un orden rotatorio y preestablecido, al que se dará la debida publicidad. Con excepción del Presidente de la Sala, dicha composición se renovará por mitad cada seis meses mediante acuerdo del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que determinará sus integrantes para cada uno de los citados periodos y que se publicará en la página web del Poder Judicial».

Recordemos que, con arreglo al art. 248.1 de la LOPJ vigente: «La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del Juez o presidente y la firma del Secretario. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente».

Incluso se prevé que las providencias de la Sección de Admisiones se publiquen en la página web del Tribunal Supremo, estableciendo el proyecto de nuevo art. 100.2 de la LJCA que:

«Las providencias de la Sección de Admisiones se publicarán en la página web del Tribunal Supremo. Con periodicidad semestral, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hará público, en la mencionada página web y en el Boletín Oficial del Estado, el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución».

6. El procedimiento

A) El procedimiento actual

A diferencia del recurso de casación ordinario, en los de casación para la unificación de doctrina no existen las dos fases de preparación e interposición, sino que —al igual que en los recursos de casación en interés de la Ley— sólo existe la fase de interposición; pero, a diferencia de éstos, el escrito de interposición se presenta ante el Tribunal a quo que dictó la sentencia recurrida y ante él se realiza también la tramitación sustancial y una vez realizada se elevan los autos ante el Tribunal encargado de resolver (la Sala Tercera del TS en el recurso estatal y las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ en el autonómico).

El recurso de casación para la unificación de doctrina se interpondrá directamente ante la Sala sentenciadora (es decir, ante el Tribunal a quo) en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia (art. 97.1 de la LJCA).

También a diferencia del recurso de casación ordinario que puede fundarse en una pluralidad de motivos (art. 88 LJCA), el recurso de casación estatal para la unificación de doctrina sólo puede ampararse en un único motivo, que la sentencia recurrida incurra en contradicción con otras dictadas por alguna de las Salas o Secciones que hemos expuesto anteriormente, exigiéndose para poder apreciar la contradicción una identidad subjetiva (que las sentencias se refieran a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación) y una identidad objetiva («que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos») (art. 96 LJCA).

Del art. 97.2 de la LJCA, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, resultan las tres formas de aportación siguientes de la sentencia o sentencias de contraste o contradictoria con la impugnada:

– Aportación mediante certificación/testimonio de la sentencia o sentencias de contraste en la que deberá hacerse mención de su firmeza

Aunque la disposición adicional 3ª de la LJCA preveía que el Consejo General del Poder Judicial constituiría un Registro de sentencias dictadas por los órganos colegiados de lo contencioso-administrativo «cuyas certificaciones harán fe en todo tipo de proceso», el cual sería regulado en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la LJCA según su disposición final 2ª, lo cierto es que ese Registro todavía no ha sido regulado.

En consecuencia, la certificación de la sentencia o sentencias de contraste habrá de solicitarse al Secretario Judicial del Tribunal que la dictó a tenor de lo dispuesto en el art. 453.2 de la LOPJ («Los secretarios judiciales expedirán certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas a las partes, con expresión de su destinatario y el fin para el cual se solicitan») en relación con los arts. 234 y 266 de la LOPJ, desarrollados en los arts. 1º a 7º del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial nº. 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

En el testimonio o certificación de la sentencia o sentencias de contraste que expide el Sr. Secretario del Tribunal que dictó la misma, éste ha de hacer constar que esas sentencias son definitivas y firmes, es decir, que contra ellas no se ha interpuesto recurso alguno que pudiera modificar la doctrina que en las mismas se contiene y que entra en contradicción con la sentencia recurrida.

– Aportación mediante copia simple del texto de la sentencia o sentencias de contraste en unión de la justificación documental de haberse solicitado certificación de la misma

En ese caso, será el Secretario Judicial de la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ante la que se ha presentado el escrito interponiendo el recurso de casación para la unificación de doctrina quien reitere de oficio la certificación de las sentencias de contraste al Secretario o Secretarios de las Secciones de la Sala del Tribunal que hubiesen dictado esas sentencias de contraste.

– Si la sentencia o sentencias de contraste han sido publicadas en un Boletín Oficial, será suficiente con que en el escrito de interposición se indique ese periódico oficial en que se publicaron

Además de esos documentos que han de acompañar al escrito de interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina, ese escrito ha de ser, a tenor del art. 97.1 de la LJCA, un «escrito razonado», «que deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada» y que deberá expresar «la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida».

La consecuencia del incumplimiento de esos requisitos formales será la inadmisión del recurso sin posibilidad de trámite de subsanación.

Como hemos señalado, la fase de admisión o inadmisión de esta modalidad casacional se desarrolla exclusivamente ante el Tribunal *a quo*.

Admitido el recurso de casación para la unificación de doctrina, el Secretario judicial dará traslado del escrito de interposición, con entrega de copia, a la parte o partes recurridas para que formalicen por escrito su oposición en el plazo de treinta días, quedando entretanto de manifiesto las actuaciones en la Oficina judicial. Ese traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas exigirá, en su caso, que previamente se haya traído a los autos la certificación reclamada (art. 97.3 de la LJCA).

Presentado el escrito o escritos de oposición al recurso, o transcurrido el plazo para ello, el Tribunal de instancia elevará los autos y el expediente administrativo al Tribunal de Casación, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de 30 días (art. 97.6 de la LJCA).

Ante el Tribunal de casación (Sala 3ª del TS en el recurso estatal y Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente TSJ en el recurso autonómico), en la práctica, no se lleva a cabo más trámite que el de dictar la sentencia, aunque, en teoría, también podría procederse a la previa celebración de vista ya que en los escritos de interposición del recurso y en los de oposición al mismo podrán las partes pedir la celebración de vista (art. 97.5 de la LJCA).

B) El procedimiento en la propuesta de Anteproyecto de 2013

Es el mismo que el previsto en la LJCA vigente sin más que señalar que todo él se desarrollaba ante la Sala Tercera del TS pues solo se admitía contra las sentencias dictadas por él.

C) El procedimiento en el Anteproyecto de la LOPJ de 2014

Ya hemos señalado que no se trata, realmente, de un recurso de casación para la unificación de doctrina sino de un recurso de casación en base al interés casacional. Por eso, su tramitación es totalmente diferente a la actual del recurso de casación para la unificación de doctrina y se asemeja a la prevista para el recurso de casación ordinario si bien con la diferencia fundamental de que su admisión por el TS es discrecional.

Acorde con ello, se restablece la dualidad de fases: preparación-interposición, señalando que la fase de preparación se tramitará inicialmente ante el Tribunal a quo. Dice el art. 97 de la futura LJCA que:

«1. El recurso de casación para la unificación de doctrina se preparará ante el órgano jurisdiccional que dictó la sentencia impugnada, en el plazo de diez días contados desde el siguiente a la notificación de aquélla.

2. En el escrito de preparación habrán de exponerse, de manera sucinta y clara, las razones por las que el recurrente entiende que concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 96.2, sin anticipar los motivos en que, llegado el caso, se fundaría el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina.

3. El escrito de preparación deberá ir acompañado del justificante de haber pagado la tasa correspondiente.

4. El órgano jurisdiccional, tras verificar que se cumplen los requisitos reglados de plazo y legitimación, dará traslado del escrito de preparación a las otras partes del proceso, que en plazo común de diez días podrán hacer por escrito las observaciones que estimen pertinentes.

5. A continuación, el órgano jurisdiccional remitirá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo los escritos a que se refieren los apartados anteriores, junto con copia certificada de la sentencia impugnada y, si lo entiende oportuno, su propia opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia».

La fase decisiva de este recurso es la admisión discrecional por el TS. Señala al respecto la nueva redacción prevista para el art. 98 de la LJCA que:

«1. Una vez recibidos los escritos, la Sección de Admisiones decidirá mediante providencia, contra la que no cabrá recurso alguno, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 96.2.

2. La mencionada providencia será inmediatamente notificada al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia impugnada y a las partes».

En lo demás, la tramitación sigue la estela del actual recurso de casación ordinario. Dice el futuro art. 98.3 de la LJCA que:

«Si la providencia admite el recurso de casación para la unificación de doctrina, el órgano jurisdiccional a quo emplazará a las partes para que se personen ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días y, una vez practicados los emplazamientos, remitirá a aquélla los autos originales y el expediente administrativo dentro de los cinco días siguientes».

Y el proyecto de nuevo art. 99 de la LJCA se remite a los trámites del recurso de casación ordinario señalando que:

«Una vez admitido el recurso de casación para la unificación de doctrina, su tramitación y resolución se ajustará en todo a lo dispuesto en la Sección 3ª de este Capítulo, incluida la exigencia de que los reproches de ilegalidad dirigidos a la sentencia impugnada se incardinan en alguno de los motivos enumerados en el art. 88.1».

No obstante, la redacción del Anteproyecto termina con las dos siguientes *sorpresas*. De una parte, el futuro art. 100.1 de la LJCA lleva la discrecionalidad de la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina hasta extremos insospechados y de dudosa constitucionalidad –incluso en recursos de admisión discrecional- al establecer que:

«Antes de finalizar cada año natural, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reunión plenaria determinará el número máximo de recursos de casación para la unificación de doctrina que aquélla haya de admitir a lo largo del año siguiente y publicará tal acuerdo en el Boletín Oficial del Estado».

Y, de otra parte, se habilita a la Sala de Gobierno del TS para que pueda regular la extensión máxima y otras condiciones de los escritos procesales de las partes –nada se dice respecto a las sentencias–, estableciendo el proyecto de nuevo art. 101 de la LJCA que:

«La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, a propuesta del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo, podrá regular, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la longitud máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de preparación, interposición y oposición del recurso de casación para la unificación de doctrina.»

Hay que entender que esa regulación, al menos en cuanto a la longitud máxima de los escritos de las partes, será solo una recomendación que no podrá causar la inadmisión del escrito. Al respecto, el Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de septiembre de 2012 establece en su art. 58 que: «...el Tribunal podrá determinar, mediante decisión, una longitud máxima para los escritos de alegaciones o de observaciones que se presenten ante él. Esta decisión se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea». Por su parte, las Recomendaciones del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de 6 de noviembre de 2012, señala en su apartado 22 que: «Una decena de páginas suele bastar para exponer de modo adecuado el contexto de una petición de decisión prejudicial».

V. EL RECURSO DE CASACIÓN AUTONÓMICO PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

1. Situación actual

Partiendo del presupuesto de que esta modalidad casacional solo puede basarse en infracción de normas emanadas de la pertinente Comunidad Autónoma, son objeto de ese recurso exclusivamente aquellas sentencias que no estando comprendidas entre las resoluciones señaladas en el apartado IV.1.A), ambos inclusive, hayan sido dictadas en asuntos cuya cuantía exceda de 30.000 € y no supera los 600.000 € en única instancia (no, por tanto, las dictadas en apelación o casación) por las siguientes Salas de lo Contencioso-Administrativo:

– Las de un Tribunal Superior de Justicia, cuando incurran en contradicción con otra u otras sentencias dictadas por otra de las Salas de ese mismo Tribunal Superior de Justicia (se refiere al supuesto de que en un mismo Tribunal Superior de Justicia exista más de una Sala de lo Contencioso-Administrativo, p.ej: en Andalucía).

– Las de un Tribunal Superior de Justicia, cuando incurran en contradicción las sentencias dictadas por las diversas Secciones de una misma Sala de lo Contencioso-Administrativo. En cambio, si la contradicción se da entre sentencias dictadas por una misma Sección, parece que el legislador ha excluido ese supuesto del recurso de casación autonómico -no del estatal- para la unificación de doctrina (art. 99.1 LJCA) aun cuando la contradicción entre sentencias de una misma Sección podría remediarse por la misma por medio de una nulidad de actuaciones por vulneración del art. 14 de la Constitución en su versión de la igualdad en la aplicación de la Ley.

2. La previsión de la propuesta de Anteproyecto de 2013: parece que todas las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ sobre Derecho Autonómico –incluso las dictadas en apelación- serían susceptibles de esta modalidad casacional

La propuesta de Anteproyecto de 2013 parece que amplía los supuestos del recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina al admitir el mismo no sólo contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ dictadas en única instancia como hasta ahora sino incluso a las dictadas en apelación o en que la contradicción se produjese dentro de una misma Sección de la Sala.

Pero decimos que *parece* pues la cuestión no está nada clara ya que existe una contradicción entre la rúbrica de la Subsección 2ª según la cual el recurso de casación para unificación de doctrina se interpone «Contra las sentencias dictadas **en única instancia** por las Salas de los Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia» y el texto del artículo que encabeza esa Subsección que es el art. 99.1 a cuyo tenor: «Podrá interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas **en única instancia o en apelación** por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando, interpretando el derecho de la respectiva Comunidad Autónoma, en relación con los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos».

El conocimiento de este recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina se atribuye a la misma Sección que es competente para el conocimiento del recurso de casación autonómico ordinario (una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en la que tenga su sede el Tribunal Superior de Justicia, compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por los Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-Administrativo radicadas en la Comunidad Autónoma y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros).

En cuanto al procedimiento, se aplicarían las mismas normas que hemos expuesto para el recurso de casación estatal para la unificación de doctrina.

3. La anómala situación de esta modalidad casacional en el Anteproyecto de nueva LOPJ de 2014

En el mismo se mantiene la redacción del art. 99 de la LJCA actual renumerándolo como art. 101 bis (disposición final 4ª.1)

Sin embargo, el actual art. 99 de la LJCA tiene como presupuesto la existencia de sentencias que no son susceptibles de recursos de casación ordinario ni para la unificación de doctrina por aplicación exclusiva de lo dispuesto en el artículo 86.4 (no fundarse en derecho estatal o comunitario) y va coordinado con las normas que regulan actualmente los recursos de casación ordinario y estatal para la unificación de doctrina por lo que, al proceder el Anteproyecto a efectuar una mutación total de este último, no puede dejarse el art. 99 en su redacción actual sino que habrá que adaptarlo a la reforma y delimitar adecuadamente los recursos de casación estatal y autonómico para la unificación de doctrina.

VI. LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

1. La situación actual: los recursos de casación en interés de la Ley estatal y autonómica

Como ya dijo el maestro GUASP a propósito del recurso en interés de la Ley civil: «es una derivación, en cierto modo lógica, del carácter político y no jurisdiccional que tuvo el recurso de casación en sus orígenes. Con él no trata de conseguirse ninguna finalidad procesal estricta: ni la de resolver un conflicto, ni la de tutelar un derecho, ni la de satisfacer una pretensión. Se trata tan sólo de velar por la exactitud y uniformidad del ordenamiento jurídico, en abstracto, no en concreto, tal como puede interesar a un legislador, es decir, a un político, y no a un tribunal, es decir, a un realizador del derecho».

Los recursos de casación en interés de la Ley han sobrevivido de forma inesperada en la LJCA de 1998 ya que en la exposición de motivos del proyecto de ley de la misma se decía tajantemente que: «la Ley suprime el recurso de casación en interés de la Ley, por entender que esta modalidad de casación presenta serias objeciones desde el punto de vista de la igualdad de las partes en el proceso, así como en relación con la independencia judicial, en la medida en que atribuye al Tribunal Supremo una función admonitoria, encaminada a dar instrucciones a los demás Tribunales sobre la aplicación de la Ley, lo que convierte a este recurso en un procedimiento atípico para formar jurisprudencia sin atenderse al requisito, connatural a ésta, de la reiteración de decisiones del Tribunal Supremo».

Lo cierto es que en el texto aprobado de la LJCA de 1998 se mantuvo esta modalidad del recurso de casación, debido al apoyo que a esta figura prestó el entonces Presidente de la Sala Tercera del TS, don Ángel RODRÍGUEZ GARCÍA, para el cual no se debía «condenar al ostracismo un instrumento procesal con más de sesenta años de existencia –su creación data de 1931-, que ha cumplido un decoroso papel contribuyendo al esclarecimiento de multitud de normas jurídicas, primero bajo el nombre de recurso de apelación extraordinario y a partir de la reforma de 1992 con la denominación actual de recurso de casación en interés de la Ley».

Sin embargo, la polémica sobre esta extraña figura permanece abierta. Téngase en cuenta que, en este momento, los recursos de casación en interés de la Ley solo se encuentran en vigor en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y que la crítica de la doctrina hacia ellos es prácticamente unánime reputándose como un privilegio injustificado de la Administración Pública. Incluso un Magistrado del TS, el Sr. GARZÓN HERRERO, propuso plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el recurso de casación en interés de la Ley en su voto particular formulado a una sentencia de 10 de mayo de 2006.

Más lo cierto es que, contra viento y marea, los recursos de casación en interés de la Ley han seguido gozando de una envidiable salud como lo demuestra su proliferación y su reforzamiento indirecto en la Ley 37/2001, de 10 de octubre, eufemísticamente denominada «de medidas de agilización procesal» por cuanto los recortes introducidos en el acceso a las otras dos modalidades casacionales, ordinario y para la unificación de doctrina, cierran el acceso definitivo al recurso de casación a los ciudadanos más no a los entes públicos que siempre podrán echar mano de un recurso de casación en interés de la Ley.

2. La propuesta de Anteproyecto de 2013 suprimía los recursos de casación en interés de la Ley

Una vez que el Anteproyecto permite que contra cualquier sentencia puedan interponerse los recursos de casación ordinarios, carecería de sentido el mantenimiento del recurso de casación en interés de la Ley y por ello se procede a su supresión. En realidad, todo el recurso de casación que promueve el Anteproyecto viene a ser una especie de megarecurso de casación en interés de la Ley atento a cualquier resolución que pueda ser gravemente dañosa para el interés general.

3. El Anteproyecto de la nueva LOPJ de 2014 suprime los recursos de casación en interés de la Ley

En efecto, la causa que permite actualmente interponer los recursos de casación en interés de la Ley pasa a constituir una de las 10 circunstancias que permiten que el TS pueda apreciar discrecionalmente la *conveniencia de alcanzar la unificación de doctrina* y admitir un recurso de casación estatal para la unificación de doctrina; se trata de la causa prevista en el apartado d) del proyecto de art. 96.2 de la LJCA (que la sentencia impugnada «siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales»).

Por lo demás, recordemos que el nuevo recurso de casación estatal para la unificación de doctrina, a diferencia de los actuales recursos de casación en interés de la Ley, no tiene limitada su legitimación activa a los entes públicos ni la sentencia que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida.

VII. EPÍLOGO

El Consejo de Ministros del día 4 de abril de 2014 ha decidido comenzar la tramitación de una nueva LOPJ mediante la aprobación de su Anteproyecto inicial. En él se introducen importantes novedades en la regulación de los recursos de casación contencioso-administrativos.

Actualmente, existen cinco recursos de casación en ese orden jurisdiccional: el ordinario o común, los dos para la unificación de doctrina (estatal y autonómico) y los dos de casación en interés de la Ley (estatal y autonómico).

Con arreglo al Anteproyecto, quedarían tres recursos de casación contencioso-administrativos: el ordinario y otros dos para la unificación de doctrina (también estatal y autonómico), desapareciendo formalmente los recursos de casación en interés de la Ley.

La idea básica del Anteproyecto es la de distinguir entre los recursos de casación de admisión reglada y discrecional. Al primero responde el actual recurso de casación ordinario al que el Anteproyecto mantiene con su regulación actual. Pero la gran novedad del Anteproyecto consiste en extender a la Sala Tercera del Tribunal Supremo la figura de *los recursos de admisión discrecional* mediante la creación de un denominado equívocamente *recurso de casación para la unificación de doctrina* pero que, en realidad,

constituye un recurso de casación basado en el interés casacional que es apreciado discrecionalmente por el TS.

En esa concepción, los recursos —que ya no merecerían esa denominación— no constituyen un derecho subjetivo del ciudadano sino una concesión gracieable del Poder que toma una decisión excepcional de admitir un porcentaje ínfimo de aquellos que se le han presentado. Los *recursos* no cumplen ya una función de tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos sino de tutela del interés general apreciado discrecionalmente por el Tribunal; se trata de una especie de gigantesco recurso de casación en interés de la Ley.

Esa figura de los recursos de admisión discrecional se encuentra tomada de la regulación de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional a raíz de la publicación de la Ley Orgánica 6/2007 con su *especial trascendencia constitucional* así como del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Llama la atención que los promotores del Anteproyecto no hayan tenido paciencia para esperar a ver los efectos definitivos que sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo van a producir las últimas reformas llevadas a cabo por las Leyes 37/2011, 10/2012 y Decreto-Ley 3/2013 (vencimiento objetivo en las costas, tasas, supresión de la postulación de los funcionarios públicos, etc.), las cuales están provocando la huida del ciudadano medio de ese orden jurisdiccional. Es decir, se emprenden nuevas reformas sin esperar a ver los resultados producidos por las últimas llevadas a cabo.

Por lo demás, el recurso de casación discrecional basado en el interés casacional rompe con la tradición histórica del TS y, además, se encuentra muy deficientemente regulado en el Anteproyecto sin que el mismo justifique por qué la introducción del recurso de casación discrecional debe efectuarse eliminando una parte de los recursos de casación existentes cuando, en principio, podrían mantenerse los tres recursos de casación tradicionales de admisión reglada (ordinario, unificación de doctrina y en interés de la Ley) y agregarse a ellos un nuevo recurso de admisión discrecional basado en el interés casacional que, bien limitado y delimitado, podría integrarse en el funcionamiento normal de la Sala Tercera del TS máxime a la vista de la drástica disminución que se viene produciendo en la entrada de asuntos en esa Sala a consecuencia de las Leyes anteriormente citadas.



Lista de comprobación

Los contratos en el sector público contenido y elementos (1)

*Victor Manteca Valdelande
Doctor en Derecho*

La contratación pública tiene una gran parte de aspectos prácticos de indudable interés para la práctica profesional tanto desde dentro de la Administración pública como fuera de ella, en estas líneas examinamos los aspectos más importantes del contenido de los contratos públicos así como los plazos legales, la forma y perfección y el régimen de invalidez.

INTRODUCCIÓN

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público que supuso una modificación general de la normativa de contratación pública en España ha querido ampliar la responsabilidad del órgano de contratación que no sólo debe garantizar el cumplimiento de las normas de tramitación sino que, previamente a la contratación, debe reflexionar sobre si es o no necesaria dicha contratación para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales y, si es necesaria, debe justificar en el expediente la naturaleza y extensión de las necesidades que pretende satisfacer con el contrato así como la idoneidad de su objeto y contenido. Con esta norma, se trata de garantizar una utilización eficiente de los fondos públicos contratando lo estrictamente necesario.

Debemos recordar que la Ley 30/2007 fue objeto de desarrollo parcial mediante Real Decreto 817/2009 que regula los aspectos relativos a la clasificación de empresas contratistas, el registro oficial de licitadores y empresas clasificadas, la valoración de criterios de apreciación subjetiva, las mesas de contratación y las comunicaciones al Registro oficial de contratos. La Ley ha sido, además objeto de numerosas modificaciones, lo cual ha dado lugar al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) (1) en que se incluyen las disposiciones aplicables a la contratación del sector público.

(1) TRLCSP aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

□ CONTENIDO DEL CONTRATO

En los contratos del sector público pueden incluirse cualesquiera **pactos, cláusulas y condiciones**, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Salvo que se encuentren recogidas en los pliegos, en el art. 26 TRLCSP se recogen los aspectos que deben recoger los contratos del sector público:

a) Identificación de las partes.

b) Acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.

c) Definición del objeto del contrato.

d) Referencia a la legislación aplicable al contrato.

e) Enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos (2).

f) Precio cierto, o el modo de determinarlo.

g) Duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.

h) Condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.

i) Condiciones de pago.

j) Supuestos en que procede la resolución.

k) Crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.

l) La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

Los contratos no pueden incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos.

Respecto al principio de libertad de pactos, la jurisprudencia ha declarado que la Administración puede convenir los pactos o condiciones que tenga por conveniente en sus contratos,

(2) Como requisito mínimo de los contratos de la Administración, debe señalarse la competencia de los órganos de contratación, el objeto de los contratos del sector público debe ser determinado la celebración del contrato requiere la tramitación del correspondiente expediente al que se incorporarán, entre otros documentos, el pliego de cláusulas administrativas y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato. Ver TRLCSP arts. 86, 109 y 316.

que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, que conforme a lo dispuesto en la ley, pueden ser materializados en los pliegos de cláusulas administrativas generales así como en los pliegos de prescripciones particulares de cada específico contrato, representando tales determinaciones un reflejo de la libertad de pactos regulada por el Código civil (3).

Estas determinaciones convenidas de modo específico por los contratantes son la Ley del contrato y deben ser de aplicación preferente a la normativa legal contractual genéricamente establecida, que, con ello, adquiere la condición de supletoria siempre que la moral, el orden público o los intereses generales prevalentes no exijan su directa aplicación. Por ello los pliegos de condiciones generales y particulares del contrato constituyen el régimen fundamental de obligaciones del contrato con preferencia sobre la normativa general de la contratación administrativa.

En todo caso, la libertad de pactos debe ponerse en relación con el principio de legalidad al que queda sometida la Administración en todas sus actuaciones y con ello la libertad de pactos no se identifica con la mera autonomía de los particulares, sino que el contrato siempre estará orientado por el criterio de la satisfacción del interés general: en la determinación de los fines (que habrán de ser lícitos y admitidos por el ordenamiento jurídico); en la elección del contratista (conforme a los procedimientos legalmente establecidos) y el ejercicio de las potestades administrativas (en el marco de las competencias normativamente atribuidas); y en el respeto, por último, de las máximas de buena administración (que hagan efectiva la directriz constitucional de eficiencia y economía del gasto público).

Se incluye pues en la ley, el principio de libertad de pactos, es decir que podrán incluirse en los contratos cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (4).

En el caso de los contratos celebrados por Administraciones públicas, debe tenerse en cuenta la norma sobre confidencialidad contenida en sede de adjudicación. Así, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no pueden divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial. Este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas (5).

□ PLAZO DE DURACIÓN

Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos debe establecerse teniendo en cuenta tres aspectos: la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

Se trata de una norma aplicable a todos los contratos del sector público y expresada en términos generales, ordenando a los sujetos contratantes -como una parte de la idoneidad de

(3) STS 8.4.1965

(4) TRLCSP art. 25.

(5) TRLCSP art. 140.

la contratación pública- que tengan en cuenta el tiempo. Por ello no se trat de la duración del contrato en fase de ejecución sino de una norma dirigida a las actuaciones previas al procedimiento de contratación, valorando la necesidad de usar la técnica contractual por un cierto tiempo, con sometimiento periódico a concurrencia de las prestaciones contratadas, etc.

En esta línea, en los contratos del sector público se pueden prever prórrogas, pero no en el sentido de extender o prorrogar el plazo de ejecución inicialmente previsto, sino en el de fijar desde el comienzo una duración indeterminada del contrato con la que éste debe ser sometido a adjudicación (podría hablarse de plazos o aplazamientos fijados de antemano, pero sometidos a la decisión última del órgano de contratación). Así, el contrato puede prever una o varias prórrogas, pero siempre que concurren estos requisitos (6):

a) Que las características del contrato permanezcan inalterables durante el período de duración de las prórrogas. Esto es, la indeterminación sólo puede afectar al factor tiempo, no al objeto ni al contenido ni al precio del contrato ni a ningún otro de sus elementos, por la clara contradicción con el principio de concurrencia pública que ello supondría.

b) Que la concurrencia para la adjudicación del contrato haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga. Este segundo requisito impone así un límite a la indeterminación temporal: debe fijarse al menos la duración máxima, que es aquella con la que el contrato se someterá a pública adjudicación.

La prórroga debe acordarse por el órgano de contratación y es obligatoria para el empresario, salvo que el contrato prevea expresamente lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes (7).

El contrato puede prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación se haya realizado teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluyendo prórrogas. La prórroga se acuerda por el órgano de contratación y es obligatoria para el empresario, salvo que el contrato prevea, expresamente, lo contrario, sin que se admita la prórroga tácita. No obstante, esta obligatoriedad se contradice con lo establecido en la Ley sobre la prórroga de los contratos de servicios, en donde se prevé la prórroga por mutuo acuerdo (8).

Por otra parte la Disposición Adicional duodécima del texto legal establece que los plazos establecidos por días en la Ley deben entenderse referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo se computen los días hábiles. No obstante, si el último día de plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día siguiente hábil.

Respecto a la decisión sobre la efectiva concesión del aplazamiento en su día previsto, se deja al órgano de contratación y es obligatoria para el empresario, aunque el contrato puede prever lo contrario, esto es, la facultad del contratista de oponerse al aplazamiento. En ningún caso puede darse este nuevo plazo sin una decisión expresa del órgano de contratación, es

(6) TRLCSP art. 23.2

(7) TRLCSP art. 23.2

(8) TRLCSP art 303.

decir por un mero «consentimiento tácito» o inercial sobre la duración del contrato. Lo cual es diferente de lo que la ley regula sobre prórroga del plazo de ejecución del contrato. En estos casos, es muy diferente el régimen según que el retraso no sea imputable al contratista (prórroga en sentido propio (9)), o que la demora sea imputable a aquél (prórroga impropia con imposición de penalidades).

Los contratos menores no pueden tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. Sobre el sentido de estas prórrogas o aplazamientos inicialmente previstos (10).

Como ya hemos examinado en otra ocasión requisito necesario de los procedimientos de contratación el que el expediente incluya el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la Intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley general presupuestaria o en las normas presupuestarias aplicables a las restantes Administraciones públicas sujetas a esta ley (11).

□ PERFECCIÓN Y FORMA DEL CONTRATO

Respecto de la perfección de los contratos, se establece que los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización. Los contratos subvencionados se perfeccionarán de acuerdo con la legislación por la que se rijan, debiendo notificar las partes su formalización al órgano que otorgó la subvención. Salvo que se indique otra cosa en su clausulado, los contratos del sector público se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación.

Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización. Los contratos subvencionados que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 LCSP, deban considerarse sujetos a regulación armonizada, se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan.

Por otra parte los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP (12) se rigen, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Salvo que se indique otra cosa en su clausulado, los contratos del sector público se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación.

La distinción entre adjudicación provisional y definitiva, que, siguiendo precedentes anteriores, mantenía originalmente la LCSP, ha desaparecido con la reforma de ésta por la Ley 34/2010 (13), a partir de su entrada en vigor, solo existe la fase de adjudicación, que se perfecciona con la formalización del contrato.

La perfección del contrato se produce desde el momento de su adjudicación, de forma que el posterior otorgamiento de documento administrativo es un simple requisito de formalización

(9) TRLCSP art. 197.

(10) TRLCSP art. 23.3.

(11) TRLCSP art. 109.3.

(12) 1 de mayo de 2008.

(13) Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

de un contrato ya existente. En este punto hay una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo (14). La jurisprudencia ha declarado que, como dispone la Ley de Régimen Jurídico (LRJ) (15), los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo se presumen válidos y producen efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. La eficacia queda demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. Este precepto se traslada a la normativa sobre contratación pública, que dispone que los contratos se perfeccionan (es decir se completan y adquieren plena fuerza jurídica) mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados. A partir de la adjudicación, el contrato existe y es válido, siendo la formalización posterior un mero requisito de eficacia necesario para que el mismo produzca efectos iniciándose su ejecución (16). En consecuencia, resulta improcedente que, ni siquiera en el documento en el que se formalice la adjudicación definitiva, se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en los pliegos, que resultan inalterables, en consecuencia, a partir de la adjudicación (17).

En relación con la forma, debe hacerse una distinción entre el carácter formal de la contratación pública, esto es, la prohibición de contratación verbal y la exigencia de formalización de los contratos de las Administraciones públicas: en cuanto al carácter formal de los contratos públicos, los entes, organismos y entidades del sector público no pueden contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia. Respecto a la eficacia de una y otra, no debe confundirse la contratación verbal con la falta de formalización del contrato. En caso de contratación verbal, el contrato es nulo por haberse prescindido totalmente del procedimiento, mientras que la falta de formalización presume un contrato perfeccionado, y por tanto existente, aunque no ejecutable.

En los apartados siguientes se trata de la formalización de los contratos de las Administraciones públicas.

El Tribunal Supremo tiene declarado que la prohibición de la contratación verbal debe extenderse también a los casos de anulación, rescisión, revocación o extinción de un contrato, supuestos que tampoco pueden tener lugar de forma oral (18).

Los contratos que celebren las Administraciones públicas deben formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista puede solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita

(14) STS 8 de marzo de 1990.

(15) LRJ art. 57.

(16) STS 10 de noviembre de 2006.

(17) SSTs 28 de julio de 1987 y 20 de abril de 1992.

(18) STS 19 de enero de 1990.

la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas pueden incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.

Este carácter formalista se refiere, más en concreto, a la necesidad de que exista un procedimiento administrativo que culmine en la celebración de un contrato, ya que en la práctica lo que suele existir en los supuestos de emergencia es un documento en donde se refleja el compromiso entre el contratista y el órgano de contratación, al que se llega sin ningún procedimiento.

□ RÉGIMEN DE INVALIDEZ

Existen varios supuestos en los que no se trata de la invalidez de alguno de los actos que dan origen al contrato, sino de la inexistencia de dichos actos, en casos en los que se desprende por tanto del carácter formal y reglado del procedimiento de contratación pública. Con carácter general, el criterio fundamental para discernir si se trata de invalidez de un contrato ya existente o, por el contrario, de inexistencia de contrato es el de la perfección del contrato, que tiene lugar mediante la formalización, en el caso de contratos celebrados por la Administración o por otros entes del sector público cuando estén sujetos a regulación armonizada (19) y, en los restantes casos, mediante la emisión del consentimiento.

En ausencia de adjudicación por parte de la Administración o declaración de voluntad de otro órgano de contratación o del consentimiento del contratista, debe entenderse que éste no se ha perfeccionado. En tales casos no debe hablarse de un contrato nulo, sino inexistente.

Consecuencia de la inexistencia del contrato es que no procede la liquidación de las actuaciones realizadas con sujeción a las reglas que rigen el cumplimiento de los contratos (por lo que no debe abonarse el precio supuestamente pactado), ni tampoco la liquidación de un contrato nulo (lo que conduciría al abono del valor de las obras y en su caso a la indemnización de los daños y perjuicios causados al interesado). Procede aplicar, en cambio, el principio de enriquecimiento sin causa, que conduce al abono de la menor de las dos cantidades siguientes:

- aquella en la que el particular se haya empobrecido; o
- aquella en la que la Administración se haya enriquecido.

No obstante, el principio de buena fe puede alterar la aplicación del criterio expuesto, por ejemplo, aconsejando el abono íntegro del precio pactado (20).

El Tribunal Supremo declaró inexistente, y no solamente nulo, un supuesto contrato de venta de motores en el que no se produjo adjudicación ni manifestación de la voluntad administrativa, ni tampoco se llegó a determinar de común acuerdo ni el número de motores ni el precio de la operación, pese a ser ello requisito esencial (21). También ha señalado que la realización de un servicio público, que se continúa prestando después de extinguido el contrato, da lugar a la obligación de pago por parte de la Administración, tanto si se fundamenta en el cuasi-contrato de gestión de negocios, admitido por un cierto sector de la doctrina moderna

(19) TRLCSP art. 13.

(20) STS 21 de marzo de 1991.

(21) STS 24 de febrero de 1975.

que considera suficiente para el ejercicio de la acción de reembolso la utilidad que ha reportado al ente público la prestación del servicio, como si se apoya en el enriquecimiento injusto que impone a éste la compensación del beneficio económico recibido [22].

El régimen general [23], es igual, en este aspecto, al establecido en la regulación del TRLCAP. Los contratos de las Administraciones Públicas y los sujetos a regulación armonizada incluidos los subvencionados, serán inválidos cuando su clausulado sea ilegal o sea inválido alguno de sus actos preparatorios o de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho Administrativo o de Derecho Civil.

La invalidez puede derivar, en primer lugar, del clausulado del contrato de modo que la ilegalidad de las cláusulas de un contrato, público o privado, es susceptible de determinar la invalidez de aquel. En la contratación pública esta cuestión se reconduce de ordinario a la invalidez de las cláusulas de los pliegos de condiciones particulares. Así, la regla general es que, una vez perfeccionado el contrato, éste constituye ley para las partes y resulta de inexcusable cumplimiento [24]. Sin embargo, en los casos más graves de ilegalidad del clausulado del contrato —que normalmente reiterará lo previsto en el pliego— puede producirse la declaración de nulidad de pleno derecho o la anulación de aquel:

a) Por lo que hace a la nulidad de pleno derecho del contrato, en este punto se admite en todo caso una excepción a la regla contrato ley entre las partes. Cuando el contrato contenga cláusulas nulas de pleno derecho, la Administración puede revisar de oficio y declarar nulos los contratos, tanto los actos preparatorios como la adjudicación de aquellos [25], respecto de los cuales no juega la doctrina del acto consentido (el acto nulo de pleno derecho no es consentible: puede impugnarse en cualquier momento).

b) En cuanto a la posibilidad de anulación del contrato por vicios del clausulado, la regla general en este punto era tradicionalmente que, una vez celebrado y perfeccionado un contrato que incluyese cláusulas *contra legem* (salvo que se tratara de vicios de nulidad de pleno derecho), éste no resultaba anulable ni por la Administración ni por el contratista.

El artículo 31 del TRLCSP establece la regla de la invalidez (y, por tanto, de la posible anulación) del contrato por vicios del clausulado, aun cuando no hubiesen sido impugnados en su momento. En otras palabras, la LCSP parece abonar la línea seguida por cierta jurisprudencia, que permite la anulación del contrato en los casos más graves de invalidez (anulabilidad) derivada de la ilegalidad de su clausulado.

La invalidez de los contratos del sector público también puede tener su origen en que alguno de sus actos preparatorios, o el acto de su adjudicación (caso de los contratos de las Administraciones públicas o sujetos a regulación armonizada), incurra en alguna infracción del ordenamiento jurídico, es decir en alguna de las causas de invalidez que se estudian en los apartados siguientes.

La cuestión que se plantea, en la doctrina y en la jurisprudencia, es qué actos preparatorios tienen la suficiente entidad como para que su invalidez genere la del contrato en su totalidad.

[22] STS 13 de julio de 1984.

[23] TRLCSP arts. 31 a 36.

[24] STS 20 de marzo de 1972.

[25] TRLCSP arts. 32 y 36.

Además del acto de adjudicación —cuya formalización perfecciona el contrato—, la respuesta aproximativa de la doctrina se refiere a aquellos actos preparatorios que culminan cada una de las fases de contratación. Así, y sin carácter exhaustivo, se entiende que daría lugar a la invalidez del contrato la de alguno de estos actos:

- La aprobación del proyecto.
- El acto de aprobación del expediente de contratación (que aprueba también el gasto y los pliegos).
- El acto de publicidad de la licitación.
- El acuerdo o acuerdos adoptados por la mesa de contratación

□ NULIDAD Y ANULABILIDAD

Recordemos que en el ámbito del Derecho Administrativo hay que diferenciar:

a) Causas de nulidad que son: las enumeradas en el art. 62.1 de la LRJ; la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar; la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la LGP o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a la Ley, salvo los supuestos de emergencia.

b) Causas de anulabilidad u otras infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las normas contenidas en esta Ley, de conformidad con el art. 63 de la LRJ.

La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación, se efectúa de conformidad con lo establecido en la LRJ (26). Son competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad, el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. La competencia para declarar la nulidad o la lesividad, debe entenderse, salvo determinación en contra, delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no es susceptible de delegación, debiendo, en todo caso, resolver sobre la misma, el órgano delegante. La declaración de nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación, cuando sea firme, conllevará la del contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias. Si la declaración admi-

(26) LRJ arts. 102 y ss.

nistrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Civil, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto para los actos y contratos administrativos anulables.

Los arts. 37 a 39 regulan supuestos especiales de nulidad; así, los contratos sujetos a regulación armonizada y los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a doscientos mil euros serán nulos en los siguientes casos:

a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el art. 142.

b) Cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto para la formalización del contrato siempre que concurren los dosrequisitos siguientes:

— Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación y,

— Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.

c) Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

d) Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en párrafo segundo del art. 198.4.

e) Cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidas en el artículo 202 sobre adjudicación de tales contratos.

No obstante, no procederá la declaración de nulidad a que se refiere la letra a) anterior, si concurren conjuntamente las tres circunstancias siguientes:

a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación, el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el DOUE previstos en esta Ley.

b) Que el órgano de contratación publique en el DOUE un anuncio de transparencia pre-
via voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga
los siguientes extremos:

- identificación del órgano de contratación;
- descripción de la finalidad del contrato;
- justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación;
- identificación del adjudicatario del contrato;
- cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante.

c) Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a
contar desde el siguiente al de publicación del anuncio.

La declaración de nulidad no procede en los supuestos de las letras d) y e) anteriores, si
concurrían conjuntamente las dos condiciones siguientes:

— Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la
adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de
su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron de-
terminantes de la adjudicación a su favor.

— Que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles
desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados.

La declaración de nulidad producirá los efectos establecidos para el régimen general. El
órgano competente para declarar la nulidad, sin embargo, podrá no declararla y acordar el
mantenimiento de los efectos del contrato, si, atendiendo las circunstancias excepcionales que
concurran, considera que existen razones imperiosas de interés general que lo exijan.

Sólo se considerará que los intereses económicos constituyen las razones imperiosas
mencionadas en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato dé lugar
a consecuencias desproporcionadas. Asimismo, no se considerará que constituyen razones
imperiosas de interés general, los intereses económicos directamente vinculados al contrato
en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la
convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico
que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad. La
resolución por la que se acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato deberá ser
objeto de publicación en el perfil de contratante. En este caso, la declaración de nulidad deberá
sustituirse por alguna de las sanciones alternativas siguientes:

a) La imposición de multas al poder adjudicador por un importe que no podrá ser infe-
rior al cinco por ciento ni superar el veinte por ciento del precio de adjudicación del
contrato. Cuando se trate de poderes adjudicadores cuya contratación se efectúe a través
de diferentes órganos de contratación, la sanción alternativa recaerá sobre el presupuesto
del departamento, consejería u órgano correspondiente que hubiera adjudicado el contra-
to. Para determinar la cuantía en la imposición de las multas, el órgano competente

tomará en consideración la reiteración, el porcentaje del contrato que haya sido ejecutado o el daño causado a los intereses públicos o, en su caso, al licitador, de tal forma que éstas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias.

b) La reducción proporcionada de la duración del contrato. En este caso, el órgano competente tomará en consideración la reiteración, el porcentaje del contrato que haya sido ejecutado o el daño causado a los intereses públicos o, en su caso, al licitador.

Asimismo determinará la indemnización que corresponda al contratista por el lucro cesante derivado de la reducción temporal del contrato, siempre que la infracción que motive la sanción alternativa no le sea imputable.

Lo cual debe entenderse sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario que corresponda imponer al responsable de las infracciones legales.

La cuestión de nulidad debe plantearse ante el órgano previsto para conocer el recurso especial en materia de contratación, que será el competente para tramitar el procedimiento y resolverla.

Por otra oparte puede plantear la cuestión de nulidad, toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad. El órgano competente podrá inadmitirla cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada.

El plazo para interponer la cuestión de nulidad será de treinta días hábiles a contar:

a) Desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el art. 154.2, incluyendo las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el DOUE, o

b) Desde la notificación a los licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

Fuera de los casos previstos en el apartado anterior, la cuestión de nulidad debe interponerse antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

La cuestión de nulidad se tramita de conformidad con lo dispuesto para el recurso especial con las siguientes salvedades:

— No es de aplicación lo dispuesto en el art. 44.1 en cuanto a la exigencia de anunciar la interposición del recurso.

— La interposición de la cuestión de nulidad no producirá efectos suspensivos de ninguna clase por sí sola.

— El plazo establecido para que el órgano de contratación formule alegaciones en relación con la solicitud de medidas cautelares se elevará a siete días hábiles.

— El plazo establecido para la remisión del expediente por el órgano de contratación, acompañado del correspondiente informe, se elevará a siete días hábiles.

— En la resolución de la cuestión de nulidad, el órgano competente para dictarla deberá resolver también sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas si el órgano de contratación lo hubiera solicitado en el informe que debe acompañar la remisión del expediente administrativo.

— Cuando el órgano de contratación no lo haya solicitado, en la forma establecida, podrá hacerlo en el trámite de ejecución de la resolución. En tal caso el órgano competente, previa audiencia por plazo de cinco días a las partes comparecidas en el procedimiento, resolverá sobre la procedencia o no de aplicar la sanción alternativa solicitada dentro de los cinco días siguientes al transcurso del plazo anterior.

Lista de comprobación

Los contratos en el sector público contenido y elementos (y 2)

Victor Manteca Valdelande
Doctor en Derecho

En esta segunda práctica profesional sobre contenido y elementos de los contratos del sector público examinamos el recurso especial en materia de contratación, así como algunos aspectos sobre el recurso de revisión y el judicial contencioso-administrativo a que ha dado lugar el recurso especial en materia de contratación

RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

La Ley de Contratos del Sector Público regula el recurso administrativo especial en materia de contratación. La primera regulación fue objeto de modificación (1). El objetivo de este recurso es permitir revisar la decisión de adjudicar el contrato antes de su perfeccionamiento. Este recurso se configura como un requisito previo para poder acudir a la vía contencioso-administrativa, sin que sea compatible con la interposición de recursos administrativos ordinarios.

El recurso potestativo de reposición, es el único recurso común que procede dado que los acuerdos que adopta el órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos (2). En consecuencia, resulta aplicable lo dispuesto con carácter general en la LRJPAC respecto a dicho recurso (3); los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa pueden ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los haya dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. No se puede interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto. El plazo de interposición del recurso de reposición es de un mes, si el acto es expreso. Si no lo es, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso judicial contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión que examinamos más abajo.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso es de un mes. Contra la resolución de un recurso de reposición no puede interponerse de nuevo dicho recurso. Tienen

- (1) Por Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras
- (2) TRLCSP art. 211.
- (3) Ley 30/1992 (LRJ) arts. 116 y 117.

legitimación para interponer recurso las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, los licitadores. Cabe hacer las mismas precisiones respecto al interés legítimo que las que se dan respecto al recurso especial en materia de contratación.

El recurso puede tener por objeto los vicios de la convocatoria o los actos preparatorios y de adjudicación. Cabe también reiterar las precisiones antes hechas con carácter general sobre los requisitos exigidos para una y otra clase de impugnación.

Cuando se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada y celebrados por una entidad del sector público que no tenga la condición de Administración pública, no cabe recurso administrativo y procede su impugnación ante el orden jurisdiccional civil (4). En estos casos no es necesaria la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles, por que dicha reclamación está pensada para usarla, exclusivamente, frente a los actos de la Administración pública (5).

Este recurso no procede cuando se aplique el trámite de emergencia.

Pueden recurrirse los contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que tengan la consideración de Poderes Adjudicadores que tengan uno de los siguientes objetos:

a) contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada;

b) contratos subvencionados;

c) contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de valor estimado igual o superior a doscientos mil euros;

d) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a quinientos mil euros y el plazo de duración superior a cinco años.

□ OBJETO Y PARTES LEGITIMADAS

Únicamente pueden recurrirse:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación;

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad

(4) TRLCSP art 21.

(5) LRJ arts 120 y 121.

de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. No serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

Hay que recordar que la interposición de este recurso especial es potestativa. Por otra parte es parte legitimada en el recurso toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

□ PLAZO Y PROCEDIMIENTO

El plazo de interposición es de quince días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado. Sin embargo, cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento.

Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Además, cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

Respecto al procedimiento, quien quiera interponer el recurso especial debe anunciarlo, previamente, mediante escrito que detalle el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto para la interposición.

La presentación del escrito de interposición debe hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. En el escrito de interposición debe hacerse constar: además del acto recurrido, el motivo que fundamenta el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas provisionales cuya adopción solicite. A este escrito debe acompañarse:

a) Documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figura unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.

b) Documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.

c) Copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.

d) Documento o documentos en que funde su derecho.

e) Justificante de haber dado cumplimiento a lo establecido en el primer apartado. Sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición, aunque esta omisión puede subsanarse.

Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requiere al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente.

Interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.

El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la LRJ, con las especialidades siguientes:

— Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

— Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, éste deberá remitirlo al órgano encargado de resolverlo dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.

— Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el art. 43 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación.

— Asimismo en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento. Si las medidas provisionales se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en los términos previstos sin suspender el procedimiento principal.

— Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles.

— El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

— El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver.

□ RESOLUCIÓN

El Órgano competente para resolver:

a) En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales.

b) En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer. Podrán las Comunidades Autónomas, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal especial creado en el apartado primero.

c) En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

d) Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.

e) En los contratos subvencionados, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública.

Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado.

En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles.

Previa solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso.

La resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre mil y quince mil euros. La indemnización deberá resarcir al reclamante cuando menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

El Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011, por el que se modifica el de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los arts. 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, establece como extremo de obligada comprobación en los expedientes que

tengan por objeto la formalización de los contratos en dicho Acuerdo referenciados, entre otros, «En su caso, que se acompaña certificado del registro correspondiente al órgano de contratación que acredite que no se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación o de los recursos interpuestos. En este segundo supuesto, deberá comprobarse igualmente que ha recaído resolución expresa del órgano de contratación desestimando el recurso o recursos interpuestos, o acordando el levantamiento de la suspensión». El Informe de la IGAE de 2 de octubre de 2008, señala que dicho certificado deberá ser expedido por el jefe de la oficina o dependencia que se señale en el anuncio de licitación a efectos de presentación de dichos recursos. En el supuesto de que el anuncio no haga referencia expresa al respecto, debe entenderse que dicha certificación debe ser expedida por el jefe de la oficina o dependencia señalada en el anuncio de licitación a efectos de presentación de ofertas.

□ MEDIDAS PROVISIONALES

Antes de interponer el recurso especial, las personas físicas y jurídicas, legitimadas para ello, podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas provisionales. Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas provisionales dentro de los cinco días hábiles siguientes, a la presentación del escrito en que se soliciten. El órgano decisorio, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida provisional, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento. Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano decisorio acumulará a éste la solicitud de medidas provisionales y resolverá sobre ellas en la forma prevista para el recurso. Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

□ RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Es posible interponer recurso extraordinario de revisión cuando concurren sus propios supuestos y en los términos legalmente previstos. Así, contra los actos firmes en vía administrativa puede interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también es el competente para su resolución, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que al dictarlos se haya incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

2.ª Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

3.ª Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

4.ª Que la resolución se haya dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

El plazo para interponer este recurso es de 4 años en el primer supuesto (dentro de los 4 años siguientes a la fecha de la resolución impugnada) y de 3 meses en los tres restantes (3 meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme).

Transcurrido el plazo de 3 meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entiende desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa (6).

□ RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La construcción del recurso especial en materia de contratación ha condicionado la configuración de las normas sobre jurisdicción competente en esta materia. Desde la entrada en vigor de este nuevo sistema, ya no se trata de la atribución al orden jurisdiccional contencioso administrativo de todo lo referente a contratación administrativa y al orden jurisdiccional civil, en principio, de todo lo referente a contratos privados, salvo de la facultad de impugnar como actos separables ante la jurisdicción contenciosa los relativos a preparación y adjudicación de dichos contratos. En la LCSP la atribución a uno u otro orden es general de modo automático, de manera que se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa todo el régimen de contratos administrativos e igualmente las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de

(6) LRJ arts. 118 y 119.

los contratos privados de las Administraciones públicas y de los contratos (7) sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados (8). Por otra parte, el orden jurisdiccional civil es el competente para las controversias relacionadas con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados y también las relativas a preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada (9).

La razón es que la resolución del recurso especial en materia de contratación se atribuye, en todo caso —esto es, aun cuando se trate de contratos privados, siempre que se encuentren sujetos a regulación armonizada— a un órgano administrativo (10), por lo que será la resolución dictada por éste la impugnada en la vía contencioso-administrativa. Agotadas las vías de impugnación de la validez de un acto del procedimiento de adjudicación en sentido amplio (preparatorio, de convocatoria, de adjudicación, etc.), y cuando la correspondiente resolución desestimatoria expresa o presunta ponga fin a la vía administrativa, procede la interposición de recurso contencioso-administrativo según las reglas generales que disciplinan éste.

Aplicado este criterio a los diversos procedimientos de invalidez, resultan diversas posibilidades de interposición de recurso contencioso-administrativo:

1. Contra la desestimación de solicitud de revisión de oficio, la regla general de interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses si la desestimación es expresa (contados desde su publicación o notificación), o seis meses si es presunta (contados desde que pueda entenderse desestimado, por haber transcurrido el plazo legal para dictar el acto en cuestión (11)

2. El plazo para interponer recurso de lesividad es de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de declaración de lesividad.

3. Si se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación, contra su resolución sólo procede la interposición de recurso contencioso-administrativo según las reglas generales de la LJCA (12). Conforme a ellas, puede interponerse recurso contencioso-administrativo en el plazo de 2 meses desde la publicación o notificación de su desestimación expresa, o bien puede interponerse en el plazo de seis meses desde que pueda tenerse por desestimado (13).

4. En los casos en que no proceda recurso especial en materia de contratación, cuando el acto ponga fin a la vía administrativa —como es la regla en los actos dictados por el órgano de contratación— puede acudir directamente a la vía contencioso-administrativa

(7) Privados en otras entidades.

(8) A que se refiere el art 17 TRLCSP; ver también art 21.

(9) TRLCSP art 21.2.

(10) TRLCSP arts. 4 y 310.

(11) Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) art 46.

(12) TRLCSP art. 49.

(13) LJCA art 46 y TRLCSP art 37.9.

o interponerse el potestativo recurso de reposición. Contra la desestimación de este último recurso, puede interponerse recurso contencioso-administrativo en los plazos generales de dos meses, si la resolución es expresa, o seis meses, si es presunta o por silencio; plazos que se cuentan, respectivamente, desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición o en que éste deba entenderse presuntamente desestimado (14). A su vez, puede tenerse por desestimado por silencio transcurrido un mes desde su interposición (15).

En los tasados supuestos en que se haya interpuesto recurso extraordinario de revisión, cabe acudir a la vía contencioso-administrativa de nuevo en los plazos generales de dos meses, si la desestimación es expresa, o seis meses, en caso de silencio negativo; este último se entiende producido, transcurridos tres meses desde su interposición, sin haberse dictado y notificado la resolución.

(14) LJCA art 46.

(15) LRJ art. 117.



Requisitos para la autorización de una ITV móvil

P

Una sociedad del ramo ha instado en este Ayuntamiento autorización para instalar una unidad móvil de inspección técnica de vehículos. En la instancia requieren que «las infraestructuras mínimas necesarias, tales como punto de enganche de corriente eléctrica de una potencia de 230 V (supongo que habrán querido decir 220), aseos públicos y, a ser posible, que esté cerrado, para soportar cualquier inclemencia del tiempo». Mis preguntas son: ¿además de tales elementos, debería el espacio que se ceda por el Ayuntamiento reunir algún otro requisito? ¿Qué documentación debería exigirse al solicitante?

R

El RD 224/2008, de 15 de febrero, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de inspección técnica de vehículos establece en su artículo 5 que los requisitos que deben cumplir, en todo caso, las estaciones ITV son los que establece el anexo I de la citada norma. Entre sus requisitos generales se recoge en el apartado A5 que las estaciones ITV podrán disponer de unidades móviles para dar servicio, siguiendo las directrices de la Administración competente, a vehículos agrícolas, ciclomotores y otros que no puedan acceder a los recintos en que estén ubicadas, así como a otros vehículos en municipios donde no exista ninguna estación ITV y a vehículos industriales. Las unidades móviles deberán cumplir los requisitos establecidos en esta norma que resulten de aplicación; en todo caso, deberán informar a la Administración competente acerca de las condiciones en que se realizan las inspecciones mediante dichas unidades móviles.

Sobre la Administración competente, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana aprobado por LO 5/1982, de 1 de julio, reconoce a la Generalitat competencia exclusiva en materia de industria [art. 49.1.33]. En desarrollo de tal competencia, el Decreto 157/2002, de 17 de septiembre, del Gobierno Valenciano, aprueba el Reglamento sobre Prestación de la Inspección Técnica de Vehículos en la Comunidad Valenciana.

Sobre las estaciones de ITV móviles, el art. 3.3 establece que podrán ser fijas y móviles. Las estaciones móviles, que dependerán siempre de una estación fija, se destinarán a la inspección de vehículos agrícolas y de vehículos en municipios en los que el parque de vehículos existente en la zona y la distancia a recorrer por los usuarios hasta la estación ITV más próxima lo hagan aconsejable. La

estación se ubicará, en todo caso, en un local dotado de una infraestructura mínima. Y el art. 13.4 regula el régimen de prestación de la actividad de inspección a través de unidades móviles señalando que las estaciones ITV que tengan encomendada la Inspección Técnica de los Vehículos mediante unidades móviles en una zona geográfica determinada, deberán ajustar su actividad a los itinerarios y programación aprobados por la Dirección General de Industria y Energía. Asimismo, y a fin de que los titulares de los vehículos cuenten con información adecuada, la estación ITV dispondrá de: - Carteles informativos sobre el día y hora en que se desplazará la unidad móvil para realizar las inspecciones de los vehículos en una determinada zona geográfica. - Folletos divulgativos sobre la ejecución de la Inspección Técnica de Vehículos, documentación a presentar, elementos a inspeccionar y frecuencia de la inspección, los cuales distribuirán entre los usuarios de las unidades móviles.

No consta por tanto en la normativa reglamentaria aplicable una relación pormenorizada de requisitos técnicos para la implantación de una ITV móvil, por lo que quedará a decisión municipal si los requisitos solicitados y que puedan ser ofrecidos por la Corporación son mínimos e idóneos para el desarrollo de la actividad.

En todo caso, entendemos que la autorización para la instalación de la ITV móvil ha de cumplir el régimen de autorización que resulta de la normativa de bienes de las entidades locales, en cuanto que la instalación sobre un bien de dominio público (viarío, espacios libres, solares destinados a equipamientos como puede ser un recinto ferial), constituye un uso especial de los bienes de dominio público sujeto a licencia en los términos que resultan del art. 77.1 del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Aportaciones de los Ayuntamientos a Consorcios. Posibilidad de conceder un aplazamiento y fraccionamiento de sus deudas sin exigir intereses

P

Existe un Consorcio Provincial integrado por Diputación y cuatro Ayuntamientos de la provincia. La financiación del Consorcio se basa en un 90% en estas aportaciones. En cuanto a las aportaciones de los Ayuntamientos, se plantea conceder una aplazamiento y fraccionamiento de sus deudas hasta 2022 sin exigir intereses. ¿Es esto legalmente viable? ¿Considera alguna otra posibilidad de acceder a los solicitado teniendo en cuenta que los ayuntamientos plantean la retirada del Consorcio en otro caso por imposibilidad de atender sus pagos, y teniendo en cuenta que el Consorcio está de acuerdo en consentirlo? Diputación que sería la única que atendería sus pagos en plazo también está de acuerdo en conceder el aplazamiento en los términos indicados.

R

Los consorcios tienen su regulación en el art. 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (EC 404/1985), Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), en el art. 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (EC 380/1993), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), en el art. 110 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (EC 535/1986), y en los arts. 37 a 40 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que viene a establecer, entre otras cosas:

- *Las Entidades Locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas.*
- *Los Consorcios gozarán de personalidad jurídica propia.*
- *Los Estatutos de los Consorcios determinarán los fines de los mismos, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero.*

Esto es todo lo que se señala sobre el régimen financiero de los consorcios, sin que exista mucha más regulación sobre esta figura, de la que incluso se discute su naturaleza jurídica; si bien podemos señalar con Ángel Ballesteros Fernández que en el caso de que esté constituido solo por entes locales tiene la naturaleza de un ente local de naturaleza asociativa.

Partiendo de que en este caso tiene la naturaleza de ente local asociativo de carácter público en cuanto que está constituido por una provincia y una serie de municipios, el problema estriba en determinar cuál es la naturaleza jurídica de las aportaciones que realicen los entes consorciados.

Las aportaciones a un consorcio tienen la naturaleza de ingresos de derecho público. Y si nos atenemos a la clasificación que realiza el art. 2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo, esos recursos, de los que se cita en el apartado 1, solo pueden tener la naturaleza de subvención, a las que se refiere el art. 40 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, realmente con el recurso con el que tiene más parecido es con las aportaciones a que se refiere el art. 154 TR LRHL cuando trata de los recursos de las entidades municipales asociativas. Aunque como tal entendemos que no es aplicable dicho precepto, porque se refiere a asociaciones de municipios y no a asociaciones en las que participan otros entes locales.

Si aplicamos la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se establece la estructura de los presupuestos de las entidades locales, su naturaleza para el consorcio sería el de transferencia corriente, esto es, ingresos de naturaleza no tributaria percibidos por las entidades locales sin contraprestación directa por parte de las mismas, destinados a financiar operaciones corrientes. Diferenciándose las transferencias en función de los agentes que las conceden. Es decir, las aportaciones de los Ayuntamientos se reflejarían en el concepto 462 y las de la Diputación Provincial en el Concepto 461.

Si lo consideramos así habrá que concluir que se trata de un ingreso de derecho público no tributario, al que sería aplicable el art. 2.2 TR LRHL, a cuyo tenor «para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de derecho público, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes».

De acuerdo con ello, creemos que no es posible obviar el cobro de los correspondientes intereses de demora, pues el art. 17 de la Ley General Presupuestaria afirma que las cantidades adeudadas devengarán el interés de demora desde el día siguiente al de su vencimiento. Se trata de cantidades adeudadas a la Hacienda del Ente Local, del Consorcio, lo que obliga al pago de los correspondientes intereses.



NOVEDAD

Práctica procesal del procedimiento abreviado contencioso-administrativo



El artículo 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa

- Síntesis sobre el proceso jurisdiccional administrativo que tan escasa atención ha merecido por parte de los procesalistas. Desde una visión práctica, el autor se centra en las claves procesales del procedimiento abreviado y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tanto generales como específicas. La obra se complementa con una actualizada colección de formularios.
- **Dirigido a:** Abogados dedicados al Derecho Público, Jueces y magistrados, Administraciones Públicas, Abogacía del Estado...
- **CONTENIDOS COMPLEMENTARIOS:** formularios, legislación, jurisprudencia.

Ficha técnica versión papel:

Páginas: 440 / Encuadernación: Rústica con solapas / ISBN: 978-84-9020-313-2.

AUTOR:
Juan Luis
Ibarra Sánchez

Versión papel con 5% de dto.

PVP: 47,12 € (+IVA)

AHORA: 44,76 € (+IVA)

Versión on line (smarteca)

40,50 € (+IVA)


smarteca
ESTÉS DONDE ESTÉS

Tu biblioteca profesional al alcance de un clic

La solución que te permite trabajar con tu biblioteca digital profesional en cualquier momento y lugar.



Consulta, actualiza, trabaja y adquiere las últimas novedades desde cualquier ordenador o tablet con un simple clic.

Compatible con todos los sistemas operativos.



ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / clientes@laley.es / www.laley.es

Internet: <http://tienda.wke.es> • [smarteca: www.smarteca.es](http://smarteca.com)

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

LA LEY. Un paso por delante

NOVEDAD

Manual para la gestión inteligente del Ayuntamiento



Hoja de ruta hacia la Administración inteligente: de la Administración electrónica a la inteligente, y más allá

- ➔ Un manual práctico de cómo llevar cualquier Ayuntamiento con cualquier punto de partida hasta la fase avanzada de la administración electrónica, que es la administración inteligente, todo ello gracias a un método práctico comparativo con las mejores experiencias nacionales e internacionales (*benchmarking*), explicadas por sus propios responsables, pioneros en temas tan diversos como la reducción de cargas administrativas, la licitación electrónica, la elección de la fórmula ideal para la gestión de un servicio público, la factura electrónica, la evaluación del desempeño de los empleados públicos y el «gobierno abierto»...

Ficha técnica versión papel:

Páginas: 800 / Encuadernación: Rústica con solapas / ISBN: 978-84-7052-665-7

Coordinador:
Víctor Almonacid Lamelas
Autores: Varios
Prólogo de:
Manuel Ballesteros Fernández

Versión papel con 5% de dto.
PVP: ~~125 €~~ (+IVA)
AHORA: 118,75 € (+IVA)

Versión on line (smarteca)
107,44 € (+IVA)


ESTÉS DONDE ESTÉS

Tu biblioteca profesional al alcance de un clic

La solución que te permite trabajar con tu biblioteca digital profesional en cualquier momento y lugar.



Consulta, actualiza, trabaja y adquiere las últimas novedades desde cualquier ordenador o tablet con un simple clic.

Compatible con todos los sistemas operativos.



ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / clientes@elconsultor.es / www.elconsultor.es

Internet: <http://tienda.wke.es> • **smarteca:** www.smarteca.es

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

EL CONSULTOR
DE LOS AYUNTAMIENTOS