

QDL53

Junio de 2020 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



QDL53

Junio de 2020 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551>)

DICE (<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955>)

DIALNET (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400>)



Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 – 08008 Barcelona

Calle Fernando el Santo, 27, bajo A – 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores, s.l.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

Presidente: Ramon Camp i Batalla, *Fundación Democracia y Gobierno Local*
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *Diputación de Barcelona*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

QDL53

12

I. ESTUDIOS

La nueva regulación de la contratación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020 · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

75

La acción social municipal en la gestión de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 y en el proceso de salida de la crisis sanitaria y social · MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

107

¿La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción llamada a tutelar los derechos de los particulares contra normas de cualquier rango por motivos de inconstitucionalidad? · SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

132

El Tribunal de Recursos Contractuales · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

171

Los conflictos de interés y su incidencia en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local. Análisis del caso venezolano · JESSICA VIVAS ROSO

Índice

II. PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

La gestión de crisis corporativa desde una visión jurídica · RAFAEL ENTRENA FABRÉ

198

Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias · JOSÉ M.^a FERNÁNDEZ SEIJO

211

Condiciones de admisibilidad del recurso de apelación en el orden contencioso-administrativo: las resoluciones recurribles · FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

233

III. JURISPRUDENCIA

La ejecución de sentencias de derribos de obras ilegales y los derechos de terceros adquirentes de bienes inmuebles de buena fe –art. 103 y ss. LJCA– · MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

256

QDL53

I.
ESTUDIOS

La nueva regulación de la contratación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020¹

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.
gimenof@unizar.es
orcid.org/0000-0001-6760-9222
WoS Researcher ID: AAA-4228-2019

- 1. Introducción**
- 2. Objeto y estructura de la LPCSE**
 - 2.1. Objeto de la LPCSE
 - 2.2. Estructura de la LPCSE
- 3. Los principios aplicables: hacia la calidad de la prestación**
 - 3.1. El principio de interpretación conforme al derecho europeo
 - 3.2. Principio de confidencialidad
 - 3.3. Protección de los secretos empresariales
 - 3.4. El principio de libre competencia
 - 3.5. El principio de integridad
 - 3.6. El principio de calidad: del precio al valor
- 4. Sobre el ámbito subjetivo de aplicación**
 - 4.1. Ámbito subjetivo de aplicación
 - 4.2. Alcance del concepto de derechos exclusivos o especiales en la redacción de la Directiva

Artículo recibido el 26/05/2020; aceptado el 11/07/2020.

1. Este texto era la ponencia a presentar en las Jornadas organizadas por la Diputación de Barcelona, para el día 16 de marzo de 2020, sobre el contenido del Real Decreto-ley 3/2020, suspendidas por la crisis de “Coronavirus 2019”. En la revisión se ha realizado cierta actualización del contenido inicial.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza”, Referencia: PID2019-109128RB-C21”.

- 4.3. Régimen jurídico de los contratos celebrados
- 5. Negocios excluidos: delimitación conceptual**
 - 5.1. Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia
 - 5.2. Contratos excluidos por razón de su finalidad
 - 5.3. Exclusiones en los ámbitos del agua y la energía
 - 5.4. Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesión de servicios
 - 5.5. Encargos a medios propios y relaciones entre empresas del mismo *holding*
- 6. Del ámbito objetivo “especial”. Las actividades reguladas**
- 7. Novedades en el sistema de control administrativo: problemas prácticos de la invalidez**
 - 7.1. La invalidez en estos contratos especiales
 - 7.2. El recurso especial
 - 7.3. El control jurisdiccional
 - 7.4. El arbitraje
- 8. Sobre la ejecución de los contratos. Especialidades**
 - 8.1. La subcontratación
 - 8.2. Pago directo a subcontratistas
 - 8.3. El régimen de las modificaciones contractuales
- 9. Conclusiones**

Resumen

Se analiza el nuevo régimen de contratación en los denominados sectores especiales, como resultado de la transposición de la Directiva 2014/25, explicando las consecuencias prácticas.

Palabras clave: *contratación pública; contratación en sectores especiales.*

The new regulation on public procurement: special sectors and its practical consequences. New developments in the Royal Decree Law 3/2020

Abstract

The article studies the new public procurement framework regarding special sectors which was adopted because of the transposition of the Directive 2014/25. The article explores all the practical consequences of the new framework.

Keywords: *public procurement; special sectors.*

1 Introducción

La LCSP de 2017 solo transpuso la Directiva 2014/24 y parcialmente la Directiva 2014/23, advirtiendo de que esta materia de contratación en los sectores especiales se regularía por una ley propia².

El incumplimiento de la obligación de transposición de las directivas de contratación 23 y 25 de 2014 en lo relativo a la contratación en los denominados sectores especiales (donde todavía continuaba vigente la Ley 31/2017, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales)³ ha justificado la aprobación del Real Decreto-ley 3/2020 (en adelante LPCSE), para proceder a una rápida transposición⁴. Este incumplimiento, pendiente de la posible sanción por parte del TJUE (como ha reseñado J. A. Moreno Molina, la Comisión Europea propuso en diciembre de 2017, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la imposición de una multa diaria a España de 123 928,64 euros por la no transposición de la Directiva 2014/25/UE), aconsejaba una rápida actuación legislativa para cumplir con la exigencia de transposición y evitar una innecesaria inseguridad jurídica en sectores de marcado carácter estratégico⁵.

Convalidado el Real Decreto-ley por el Congreso, se está tramitando como proyecto de ley, lo que ha de permitir los necesarios ajustes/mejoras

2. Vid. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, “La contratación en los sectores especiales”, en AA. VV., *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2875-2927.

3. Sobre el contenido de esta Ley 31/2017 es de interés el trabajo de J. BERMEJO VERA, “El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, *RAP*, núm. 176, 2008, pp. 115-159.

4. Si preocupante es la tendencia a huir del derecho público y sus principios mediante la creación de entes instrumentales, no lo es menos la utilización de conceptos como urgencia y extraordinaria necesidad como “carro de supermercado” donde cabe todo, lo que justifica la claramente indebida utilización de la técnica del real decreto-ley (sirva de ejemplo el Real Decreto-ley 3/2020), pensada y regulada en nuestra Constitución como algo excepcional (como consecuencia del principio de separación de poderes) y que se ha convertido en lo ordinario en todo Consejo de Ministros. El fraude constitucional es evidente y el escenario derivado un indicador de grave riesgo de calidad democrática. A ello se ha sumado la “reinterpretación” del concepto de emergencia, vinculado a asuntos catastróficos o de grave peligro y que ha servido para no cumplir con la normativa de los contratos públicos en relación con la campaña electoral de este mes (alegando que el breve plazo desde que se convocaron es un grave peligro de que no se celebren) o para la construcción de infraestructuras en claro deterioro, cuando no ha existido mantenimiento ni adecuada planificación para su sustitución. Nuevamente la excusa de la necesaria eficacia de la gestión política pretende justificar estas prácticas, claramente peligrosas y que suponen una manipulación de los conceptos.

5. J. A. MORENO MOLINA, “Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de transposición de la Directiva de contratos públicos en los sectores especiales”, en www.obcp.es

técnicas⁶. De la nueva regulación, que pretende una “homogeneización de contenidos” con la LCSP (en ocasiones supone, en mi opinión, un exceso de “administrativización” innecesaria)⁷, procede destacar, como elementos singulares diferentes al contenido de la LCSP, los siguientes⁸.

2

Objeto y estructura de la LPCSE

Tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, y su sucesora, la Ley 31/2007, el derecho de la Unión Europea ha previsto para la contratación en el ámbito de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales un régimen normativo distinto al aplicable a los demás contratos públicos, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por las leyes de contratos del sector público⁹. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública, asegurando en todo caso los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los

6. El Boletín del Congreso de 22 de mayo contiene las numerosas enmiendas técnicas para mejorar el texto, a la vez que se proponen también modificaciones al articulado LCSP (lo que puede generar cierta confusión jurídica por esta falta de estabilidad de la norma).

7. Sobre el contenido de la LCSP 2017 me remito ahora a AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

8. Esta norma se dicta al amparo de la competencia estatal en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, establecida en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos: 31.4; 33.4; 61, apartados 9.d) y 10; 65.1, párrafo cuarto; 73, segundo párrafo del apartado 1, apartado 2 y apartado 4; 107.8; disposición adicional décima; disposición final segunda; y disposición final decimocuarta (disposición final séptima).

9. Para entender el origen y la finalidad de esta normativa europea resulta de especial interés V. LÓPEZ-IBOR (dir.), *La nueva normativa de contratación para los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997. También el estudio de F. DIEZ MORENO, “Los denominados sectores excluidos: agua, energía, transporte y telecomunicaciones”, en AA. VV., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 927-970, y el trabajo de A. RUIZ CASTAÑEDA, “La contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones”, en AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, 2000, pp. 1028 y ss.

principios que se derivan de estos, como los de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, transparencia, publicidad y libre competencia.

La Comisión Europea manifestó en su “Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública”, de 27 de junio de 2011, que le parecía adecuado mantener normas en materia de contratación por las entidades que operaban en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, puesto que las autoridades nacionales seguían pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión. Otra razón para seguir regulando la contratación en esos sectores era el carácter cerrado de los mercados en que operaban las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados miembros de la Unión Europea de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se tratara. La regulación de la contratación en estos sectores persigue garantizar su apertura a la competencia.

La LPCSE realiza la transposición de la nueva Directiva 2014/25/UE, de contratación en sectores especiales, y las disposiciones correspondientes a los contratos de concesión, contenidas dentro de la Directiva 2014/23/UE, solo cuando se dan en los sectores y actividades comprendidos dentro de la presente Ley, y solo respecto de las entidades que configuran su ámbito subjetivo de aplicación, denominadas “entidades contratantes” de forma genérica, encontrándose el resto de las disposiciones de esta última Directiva incorporadas y transpuestas en la Ley de Contratos del Sector Público¹⁰. En esta finalidad de adaptar el derecho europeo a nuestra legislación, la LPCSE recoge en el Título preliminar su objeto y las definiciones que respeten las interpretaciones comunitarias originarias de la Directiva 2014/25/UE.

El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley y que, en comparación con el de su antecesora, la Ley 31/2007, es más extenso, en gran medida por imperativo de las directivas comunitarias que transpone, completa lo dispuesto dentro de la Ley de Contratos del Sector

10. Como ha explicado el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1115/2015, de 10 de marzo de 2016, relativo al Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales: “lo que prima a la hora de determinar el ámbito de aplicación de este grupo normativo es el poder de mercado atribuido a ciertos operadores que pueden tener –y de hecho tienen en múltiples ocasiones– y cuya configuración jurídica, institucional y organizativa es diversa. La singular posición de estos sujetos en el mercado a resultas de la gestión o explotación de una red o la producción de bienes y servicios en régimen de acceso restringido ha justificado la articulación de unos criterios y medidas encaminadas a evitar situaciones de abuso que deriven de aquella singular posición”.

Público, a la cual se hacen diversas remisiones a lo largo del articulado, y pretende aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad jurídica¹¹. Sin embargo, se trata de una norma compleja y de no fácil comprensión, de la que, al igual que con la LCSP, puede realizarse una crítica formal¹².

Por otra parte, al igual que la LCSP, trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES, y todo ello garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, libre competencia, integridad, o garantía de la unidad de mercado¹³. El propio ámbito material de aplicación de esta Ley pone de relieve la especial transcendencia de los criterios verdes, que deberían ser seña de identidad de la contratación en estos sectores¹⁴.

2.1

Objeto de la LPCSE

La LPCSE (art. 1) tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, cuando contraten las entidades públicas y privadas a que se refiere el artículo 5.1, en el ámbito de una o más actividades contenidas en los artículos 8 a 14 de esta Ley, siempre que su valor estimado sea igual o superior a los siguientes umbrales:

a) 1 000 000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo I.

11. En mi opinión, quizá hubiera sido más oportuno codificar en un único texto legal toda la contratación pública, lo que habría evitado ciertas “repeticiones” de contenido y, en ocasiones, problemas de interpretación, al no alinearse correctamente las soluciones de estos textos legales.

12. Vid. T. CANO CAMPOS, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2028, pp. 15 a 19. Igualmente crítico era ya, en relación con la “movilidad” de la normativa de contratación pública, el profesor J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *RAP*, núm. 159, 2013, pp. 25 y ss.

13. Vid. por todos, ahora, J. M.^a GIMENO FELIU, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial*, núm. 415, 2020, pp. 13-21.

14. Sobre esta cuestión de compra “ambiental” me remito al completo libro: X. LAZO VITORIA (dir.), *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona, 2018, y al trabajo de Í. SANZ RUBIALES, “La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente ‘comprador’ al Estado ‘ordenador’”, *RAP*, núm. 205, 2018, pp. 49 y ss.

b) 443 000 euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.

c) 5 548 000 euros en los contratos de obras.

Asimismo, esta Ley, frente a su predecesora, será de aplicación a los procedimientos de adjudicación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que liciten las entidades a que se refiere el artículo 5.1, cuando refiriéndose estos contratos a una o más de las actividades recogidas en los artículos 9 a 14 de esta Ley, los mismos tengan un valor estimado que sea igual o superior al umbral de 5 548 000 de euros.

En todo caso quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Ley los siguientes contratos de concesión:

a) Los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se refieran a las actividades en el sector del agua que relaciona el artículo 8 en sus apartados 1 y 2.

b) Los contratos de concesión de servicios que se refieran a los servicios de lotería comprendidos en el código CPV 92351100-7, adjudicados por una entidad contratante a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo. La atribución de un derecho exclusivo de este tipo deberá ser objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. A estos efectos el concepto de derecho exclusivo no incluye los derechos exclusivos a que se refiere el artículo 6.2.

c) Los contratos de concesión de servicios que sean adjudicados por una entidad contratante a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo del que dicho operador goce con arreglo a una norma, un reglamento o una disposición administrativa que resulte de aplicación, y cuya concesión se ajuste al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a los actos jurídicos de la Unión Europea que establecen normas comunes de acceso al mercado, aplicables a las actividades contempladas en los artículos 9 a 14 de esta Ley¹⁵.

d) Los contratos de concesión de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del

15. Si la legislación sectorial de la Unión no prevé obligaciones de transparencia, se aplicará lo relativo al anuncio de formalización. Si la entidad contratante concede a un operador económico un derecho exclusivo para el ejercicio de una de las actividades contempladas en los artículos 9 a 14 de esta Ley, deberá informar de ello a la Comisión Europea en el plazo de un mes contado a partir del día en que se concedió dicho derecho.

Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo.

En los **contratos no cubiertos por el importe son de aplicación los principios del Tratado en materia de contratos públicos**, lo que impide la libertad absoluta de contratar.

2.2

Estructura de la LPCSE

Como explica la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2020, la estructura de la LPCSE es, sucintamente, la siguiente, destacando los aspectos más singulares de la regulación:

a) En el Libro primero, en su Título I, se contienen su **objeto** y las **definiciones** adecuadas a los diferentes conceptos manejados a lo largo del Libro primero del presente Real Decreto-ley, de tal manera que se respeten las interpretaciones comunitarias originarias de la Directiva 2014/25/UE. Cabe destacar que por primera vez se regulan los procedimientos de adjudicación que convoquen las “entidades contratantes” de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios en los sectores de la energía, los transportes y los servicios postales.

b) El **ámbito subjetivo** se prevé en el Libro primero, Capítulo II de su Título I, que se proyecta sobre los poderes adjudicadores, las empresas públicas y las entidades privadas que tengan atribuidos derechos especiales o exclusivos, exceptuándose sin embargo las Administraciones públicas, que quedan sujetas a la regulación más estricta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por razones de disciplina y control de su funcionamiento, aspectos estos que parece aconsejable primar, respetando los umbrales establecidos en la Directiva 2014/25/UE a efectos de determinar qué contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada, en coherencia con lo establecido en la disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Ello es plenamente compatible con el derecho de la Unión Europea, ya que esta opción garantiza obviamente los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en materia contractual, al exigirse estos con mayor rigor en el ámbito de la contratación pública sujeta a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

c) En el Capítulo III del Título I del Libro primero se define, con estricta fidelidad al contenido de la Directiva 2014/25/UE, el **ámbito objetivo de aplicación**, concretando tanto la naturaleza de los contratos que regula como

el contenido material de los mismos. El presente Real Decreto-ley, en comparación con la Ley 31/2007, de 30 de octubre, hace una regulación más amplia y pormenorizada de las exclusiones de su ámbito objetivo de aplicación, de los contratos mixtos y de los contratos destinados a la realización de varias actividades, y ello tanto por imperativo de las directivas comunitarias como para delimitar correctamente el ámbito de aplicación de este Real Decreto-ley no solo respecto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, sino también respecto de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, la cual se aprobó con posterioridad a la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Por otra parte, se regulan por primera vez los encargos a medios propios personificados por parte de entidades contratantes que sean poderes adjudicadores, así como los convenios que se celebren entre entidades contratantes pertenecientes al sector público. Asimismo, como novedad, se revisa la regulación que hacía la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de los contratos con empresas asociadas y con empresas conjuntas, para garantizar un uso adecuado de los mismos acuerdos con el principio de libre competencia.

d) El Capítulo IV del Título I del Libro primero señala como **principios que han de regir la contratación** los ya tradicionales principios de no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad de trato y transparencia; a los que, como novedad, este Real Decreto-ley añade: el principio de libre competencia, con una formulación amplia, de manera que el mismo aparece asociado tanto al elemento intencional como al objeto y a los efectos de la práctica o medida potencialmente restrictiva; y los principios de garantía de la unidad de mercado que se recogen en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Este elenco de principios se acompaña de un mandato legal inequívoco a la entidad contratante para que incorpore de manera transversal, tanto en la configuración como en la sustanciación del procedimiento, consideraciones de naturaleza social, medioambiental y de apoyo a las pequeñas y medianas empresas. De conformidad con esta visión de “contratación pública estratégica”, se impone a las entidades contratantes la obligación de tomar medidas para garantizar que en la ejecución de sus contratos las empresas cumplan las obligaciones de tipo medioambiental, social y laboral, pudiendo llegar a imponer penalidades por incumplimiento de estas obligaciones.

e) En su Título II se establecen los **requisitos relativos a la capacidad y clasificación de los operadores económicos**. Como novedad se impone la aplicación de las prohibiciones para contratar, que regula la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, respecto de todas las entidades contratantes, y no solo respecto de los antes denominados organismos de derecho público y de las

empresas públicas, como hacía la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Asimismo, se mantienen los sistemas potestativos de clasificación de contratistas, cuyo objetivo o finalidad seguirá siendo definido por las entidades contratantes que voluntariamente los establezcan y gestionen, aunque continúen estando llamados tanto a facilitar la selección del contratista como a simplificar el propio procedimiento cuando opere como medio de convocatoria.

f) En el Título III del Libro primero **se precisan las exigencias y particularidades de la preparación y la documentación de los contratos**, e introduce importantes novedades respecto de la anterior Ley 31/2007, de 30 de octubre. Se regulan por primera vez las consultas al mercado que hagan las entidades contratantes, tanto para planificar sus licitaciones como para informar al mercado de sus planes de contratación, junto con las necesarias cautelas para garantizar una libre y leal competencia, en especial a través de la publicidad en el perfil del contratante de la entidad correspondiente; se obliga a las entidades contratantes a dejar constancia, en la documentación preparatoria del procedimiento de contratación, de las necesidades a las que pretenden dar satisfacción con el mismo; se regula cómo debe ser calculado el presupuesto base de licitación por parte de las entidades contratantes pertenecientes al sector público; se detalla más pormenorizadamente el contenido mínimo de los pliegos; y se introduce una regulación más extensa y detallada de las etiquetas, los informes de pruebas, las certificaciones y otros medios de prueba, con el objeto de acreditar que los bienes, productos o servicios cumplen las prescripciones técnicas exigidas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato que en cada caso establezcan los pliegos de condiciones.

g) El Título IV del Libro primero por primera vez regula **el contenido mínimo de los contratos, así como la duración de los mismos**, la cual, para los contratos de entidades contratantes pertenecientes al Sector Público, se sujetará a las mismas limitaciones que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, velándose así por que los contratos se sometan periódicamente a concurrencia.

h) El Título IV del Libro primero, **adicionalmente, regula los requisitos de los candidatos y licitadores, las normas generales que deberán regir los procedimientos de adjudicación**, los medios de publicidad de los mismos y los tipos de procedimientos. Con carácter general se exige que se dé acceso a los pliegos de condiciones y a las prescripciones técnicas por medios electrónicos a través del perfil de contratante; e impone con carácter obligatorio a las entidades contratantes la tenencia de un perfil de contratante, que deberá alojarse bien en la Plataforma de Contratación del Sector Público o bien en otra plataforma equivalente, según el tipo de entidad contratante. La

regulación del perfil de contratante se asemeja mucho a la establecida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, convirtiéndose en el principal canal para dar publicidad unificada a la práctica totalidad de los anuncios, las actuaciones, los actos y las resoluciones que recaen a lo largo del procedimiento de contratación e, incluso, durante la ejecución del contrato. Al regular todo lo relativo a los **medios de comunicación electrónicos, como novedad impone su utilización con carácter obligatorio**, salvo excepciones tasadas. Asimismo, se hacen todos los ajustes necesarios a lo largo de la regulación del procedimiento de licitación para adaptarlo a las nuevas exigencias que trae consigo la contratación electrónica.

i) El Título IV del Libro primero presenta otras novedades, entre las que cabe destacar las siguientes: se regula por primera vez **el objeto del contrato**, exigiéndose su determinación, prohibiéndose su fraccionamiento fraudulento; imponiéndose con **carácter general la obligación de dividir en lotes** el objeto del contrato siempre que la naturaleza del mismo lo permita, debiéndose justificar en el expediente la decisión contraria; y haciéndose una expresa referencia a las ofertas que combinen varios lotes o todos los lotes, comúnmente conocidas como “ofertas integradoras”.

j) El Título IV del Libro primero regula los **criterios de adjudicación**, introduciendo un gran número de novedades, a destacar: la sustitución del principio de la oferta económicamente más ventajosa por el principio de la mejor oferta, determinada preferentemente con arreglo a criterios basados en la mejor relación calidad-precio. La tradicional vinculación de los criterios de adjudicación no debe ser “directa”, y por ello propone la consideración de un mayor número de aspectos sociales, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo por parte de las entidades contratantes; y se exige que al valorar las ofertas en las licitaciones de determinados contratos en los que el legislador ha considerado que debería primar la calidad, como son los contratos de servicios de carácter intelectual, los criterios cualitativos representen el 51 por ciento o más de la puntuación asignable.

k) El Título VI del Libro primero tiene por objeto **regular la ejecución y extinción de los contratos**, de forma análoga a la contenida dentro de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, particularmente en cuanto a las principales novedades de esta: se impulsa la incorporación de consideraciones sociales, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo en las condiciones de ejecución, de dos formas. En primer lugar, se establece la obligación de introducir al menos una de las consideraciones de esta naturaleza que lista el artículo 105, entre las cuales están incluidas aquellas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, favorezcan la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida fami-

liar; y, en segundo lugar, la introducción de estas condiciones se ve favorecida porque el requisito de vinculación al objeto del contrato se beneficia de la misma flexibilidad que los criterios de adjudicación. Se regula igualmente la subcontratación y se elimina el límite a la misma de conformidad a la jurisprudencia del TJUE, en su sentencia Wroclaw, de 14 de julio de 2016.

En materia de modificaciones de los contratos se introducen por primera vez limitaciones, exigiéndose la publicación de un anuncio de modificación y de las alegaciones e informes recabados; se introduce la posibilidad de resolver contratos durante su vigencia cuando no se den los requisitos legalmente establecidos que permitan su modificación; y se introduce la necesaria autorización, previo dictamen del Consejo de Estado, del Ministerio de tutela o adscripción para modificaciones no previstas superiores al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, en el caso de que las mismas afecten a contratos de entidades contratantes pertenecientes al sector público.

l) El Título VII del Libro primero **regula la invalidez y la reclamación en materia de contratación (hubiera sido mejor “homogeneizar” los términos y hablar de recurso especial)**. Al hacerlo el mismo introduce una regulación muy pareja a la que se recoge en esta materia en la LCSP, si bien destaca que se permite la solución extrajudicial de conflictos y la utilización del arbitraje. Se incluye entre las causas de nulidad, comprendiendo ahora también el incumplimiento grave de derecho de la Unión Europea previo pronunciamiento en este sentido del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Adicionalmente, se incluyen entre las causas de anulabilidad el incumplimiento de las circunstancias y los requisitos exigidos para la modificación de los contratos sujetos a esta norma, o la realización de encargos para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios o la celebración de contratos con empresas asociadas o conjuntas cuando no se cumplan los requisitos para ello.

m) Por último, **sobre gobernanza**, se mantiene el esquema de tres órganos colegiados con competencias en materia de contratación pública que establece la LCSP, y que está integrado por la Oficina Independiente de Regulación y de Supervisión de la Contratación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (que será quien facilite la información a la Comisión Europea) y el Comité de Cooperación en materia de contratación pública¹⁶.

16. Existe una enmienda para configurar a la OIRESCON como entidad con personalidad jurídico-pública independiente (un modelo similar a la AIREF). Esta opción conlleva desplazar las funciones de la ONE a otro órgano (se propone la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado), dado que encajan mal en la arquitectura de un órgano de regulación y supervisión funciones de carácter ejecutivo como las que desarrolla la ONE. Sobre esta cuestión de la gobernanza son de especial interés las reflexiones de D. CANALS AMETLLER, “O

3

Los principios aplicables: hacia la calidad de la prestación

Sin ánimo de exhaustividad conviene recordar cómo funcionan los principios jurídicos en el ámbito de la LPCSE.

3.1

El principio de interpretación conforme al derecho europeo

En todo caso, en la interpretación de esta norma, como sucede con la LCSP, es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111), una interpretación de la norma nacional –y de los conceptos e instituciones– conforme al derecho europeo¹⁷.

Las previsiones de la normativa europea, y en especial de las directivas de la contratación pública, obligan a la “relectura” de la normativa nacional, que deberá ser aplicada sin desconocer las previsiones directas de la Directiva, que serán parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los tribunales administrativos y la jurisdicción, ya que el conocido –e incuestionable– principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este. Criterio confirmado por jurisprudencia constante del TJUE. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en

sistema administrativo de control interno e de supervisión da contratación pública”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 55, 2018, pp. 426-428. Este completo trabajo analiza con detalle el actual modelo y propone pensar en el modelo de Agencia Anticorrupción para el caso de España, así como en la opción de crear una Autoridad Europea de Supervisión de la Contratación Pública, de modo similar a las existentes en otros sectores económicos de referencia en el mercado común europeo.

17. R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del derecho de los Estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos”, *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE –un derecho pretoriano– que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)¹⁸. Esto explica por qué los órganos de control nacionales, en cuanto “juez comunitario”, aplican esta doctrina (sirvan de ejemplo los acuerdos 75 y 117 de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

3.2

Principio de confidencialidad

La confidencialidad implica que los poderes adjudicadores no pueden facilitar información sobre secretos técnicos o comerciales ni los aspectos comerciales de las distintas ofertas. De tal forma que, sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad respecto de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, los poderes adjudicadores deberán respetar el carácter confidencial que puede reconocerse a ciertos datos comunicados por los operadores económicos. **El principio de confidencialidad es el contrapunto del principio de transparencia.** Pese a la relevancia del principio de transparencia como principio capital para lograr la conformación

18. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “La ‘codificación’ de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *REDA*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CÓRCOLES, “Las relaciones ‘contractuales’ entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en M. ALMEIDA e I. MARTIN (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 89-116. Más recientemente, G. A. BENACCHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO, *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea*, tomo I, Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016. De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 163-200.

de un mercado único de la contratación pública, el legislador europeo ha sabido apreciar la importancia de que ciertos datos e información que puedan facilitar los operadores económicos que participen en una licitación puedan quedar amparados por la protección que confiere la confidencialidad.

En este sentido, resulta fundamental mantener un equilibrio adecuado entre ambos principios, transparencia y confidencialidad. Como recuerda el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 4/2005, a partir de la licitación pública las proposiciones presentadas, tanto en lo que se refiere a la oferta económica como en lo referente a los criterios no económicos de adjudicación, dejan de ser secretas.

Hay que reseñar que solo los interesados en el procedimiento de adjudicación (candidatos rechazados y licitadores admitidos) pueden solicitar información sobre las características de la oferta que hayan sido determinantes para su elección como adjudicataria del contrato. El TJUE, en su sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec, ha declarado lo siguiente: “el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo”.

Es decir, el órgano de contratación deberá solicitar previamente autorización al licitador para que un competidor pueda acceder a su oferta, concretando qué extremos tienen carácter confidencial. Con ello, se trata de preservar la buena fe de las relaciones entre empresas¹⁹.

19. Muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE, 15 de junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, que si bien no alude a los secretos de carácter industrial nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial. Sobre el principio de confidencialidad resulta de especial interés el trabajo de M. RAZQUIN LIZARRAGA, “El principio de

La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. Y para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Estos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que estas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores²⁰.

3.3

Protección de los secretos empresariales

La normativa comunitaria sobre secretos empresariales ha sido incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Como se señala en la exposición de motivos de esta norma, el elemento esencial de la nueva regulación es la protección de la innovación, que, como es evidente, es un elemento característico de la industria farmacéutica. En este sentido, se afirma:

“Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación, con el objetivo de proteger información que abarca no

confidencialidad en la contratación pública”, en J. M.^a GIMENO (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 867-898.

20. Téngase en cuenta que el TJUE ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general (véase la Sentencia de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, apartado 28, y la STJCE de 19 de mayo de 1994, SEP/Comisión, apartado 37).

solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado”.

El secreto comercial se define, también en la exposición de motivos (que se incorpora a la parte dispositiva de la norma en el art. 1), como “aquella información que sea secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; tenga un valor comercial por su carácter secreto, y haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”. En todo caso, vulnera la protección legítima de un secreto comercial no solo quien lo obtiene de forma ilícita, sino quien vulnera un “acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial” (art. 3.2).

3.4

El principio de libre competencia

La contratación pública de los distintos poderes públicos debe ir, ineludiblemente, vinculada a la protección de la libre competencia en el ejercicio de actividades socioeconómicas. Y así se reconoce en el artículo 3 del TUE, al afirmar que la satisfacción de los objetivos comunitarios deberá respetar “el principio de una economía de mercado y de libre competencia”²¹. En efecto, el análisis de la libre competencia debe realizarse teniendo en cuenta su carácter no solo de principio informador de la contratación pública, sino del mercado único –arts. 101 y 102 del TFUE–, por lo que los Estados deben respetar en sus procesos públicos de compras la interpretación que se haga de

21. Se trata de un principio esencialmente ligado a la realización del “Mercado único de la contratación pública”. En el considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE se trasluce este principio. Dicho considerando indica que “la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia”.

las normas de los tratados, incluso cuando sus actividades no están totalmente cubiertas por las directivas. Muy importante también es explicar las consecuencias prácticas de los Acuerdo GATT de contratación pública de 1994 (de directa aplicación en cuanto norma internacional con fuerza de ley), con especial atención a la posibilidad de exclusión de aquellas empresas de países extranjeros no signatarios de dicho Acuerdo. Así lo advierte, por lo demás, la Comisión Europea en su Comunicación: *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* –Bruselas, 24 de julio de 2019, C(2019) 5494 final²². Y en relación con esa visión internacional de la compra pública debe analizarse la indigencia práctica de los ODS 2030 de Naciones Unidas.

De ello se deriva que los órganos de contratación, a través de la adopción de la decisión discrecional de abrir un procedimiento de contratación, de la definición de la necesidad a satisfacer mediante la actividad contractual, de la determinación del procedimiento contractual y de la decisión de adjudicar el contrato a uno u otro licitador en función de las determinaciones fijadas en el expediente, sean quienes determinen el estándar mínimo aplicativo de dicho principio en la contratación pública, siendo insuficiente que el principio se contemple en la normativa, sino que su efectiva aplicación requiere una actitud procompetitiva de los sujetos intervinientes.

La consecuencia más inmediata que se deriva de lo anterior es que la apertura a la concurrencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a estas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal y como expresamente se ha reconocido en la STJCE de 9 de julio de 1987, al afirmar que los Estados miembros tienen la libertad de dictar –o conservar– normas materiales o procedimentales sobre contratos públicos, siempre y cuando sean respetadas las normas comunitarias y, muy especialmente, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios en la medida en que se conectan con el principio de libre competencia.

El derecho a la libre competencia, al igual que sucede con las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios, tiene por finalidad garantizar el funcionamiento de una economía de mercado, transformando a este en un auténtico espacio económico único, lo que condi-

²². Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión Europea: *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017, COM (2017) 572 final.

ciona las políticas económicas de la Comunidad y de los Estados miembros, pues las mismas deberán estar dirigidas a la obtención de una integración económica que repercuta favorablemente sobre el contexto socioeconómico, y deberán estar articuladas sobre la base de la libre competencia entre los distintos operadores económicos.

En consecuencia, la política de contratación pública está orientada, ciertamente, a la consecución de objetivos de eficiencia económica, pero también, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configuradas como políticas propias en el Tratado). Es decir, debe tener como principal objetivo institucionalizar un modelo de competencia funcional, eficaz y practicable que debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera, ya que en el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos, y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada.

La Unión Europea es un ente que tiene una alta vocación social, motivo por el que la Comunidad Europea, a través de sus concretas políticas y regulaciones, no solo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria. Y tal exigencia deriva del propio contenido de los artículos 2 y 3 TCE, ya que la función social del mercado interior debe servir en definitiva para mejorar las condiciones sociales y medioambientales del ciudadano. Y de conformidad a esta exigencia se ha desarrollado la actuación de la Comisión, que ha realizado un esfuerzo de coordinación de la política de competencia con el resto de las políticas económicas y sociales, siendo uno de sus principales objetivos desarrollar una política de competencia acorde con una política de defensa del empleo, de la productividad, de los intereses de los consumidores y usuarios, y de respeto al medio ambiente. Y es que la eficacia económica no puede ir desligada de los intereses concretos de los ciudadanos-consumidores, pues estos conforman una pieza clave del sistema económico, y como tal deberán ser considerados.

Y esto tiene su trascendencia en el caso que ahora nos ocupa, pues cualquier decisión sobre contratación pública, además de orientada a la búsqueda de una mayor eficiencia económica, deberá también servir a los intereses sociales.

Por otra parte, no cabe duda de la intersección que se produce en muchas ocasiones entre distintas ramas o subramas del ordenamiento jurídico a la hora de delimitar las normas relevantes al objeto de regular los distintos aspectos que tienen relevancia respecto de una cierta situación jurídica. Aunque el objetivo principal o primario del “derecho de la contratación pública

y de contratación en los sectores especiales” es regular las adquisiciones que realiza el sector público o entidades contratantes, no puede perderse de vista que quienes participan en los procedimientos de contratación son empresas que ofrecen bienes y servicios en un mercado y que los comportamientos que desarrollan y tienen incidencia en un procedimiento de contratación pública podrían incurrir en cualquiera de las prácticas prohibidas que busca erradicar el “Derecho Antitrust”.

3.5

El principio de integridad

Como ya se ha venido explicando, el principio de integridad es un principio jurídico que debe preservar la existencia de corrupción en la contratación pública y permitir una contratación garante del derecho a una buena administración²³. Este principio general del derecho es aplicable también en la contratación de los sectores especiales. El objetivo de integridad –reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción– forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio)²⁴. Y por integridad habrá que entender que “el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos”, y “que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno” (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C(2015)2])²⁵.

23. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, en AA. VV., *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, pp. 117-134.

24. Vid. A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (hay segunda edición de 2018). La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*, París), ya propuso un conjunto de normas y reglas de integridad, así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad.

25. J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.

Sobre estas cuestiones debe insistirse en varias ideas básicas. La primera, que resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma, y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores respondan a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

Por otra parte, que hay que **prevenir la existencia de conflictos de intereses**²⁶. El concepto de conflicto de intereses (también contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción)²⁷ comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento, tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que comprometa su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico, deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés²⁸. No en vano, está en juego el

26. Según la jurisprudencia europea, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es constitutiva de una situación de conflicto de intereses. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, apartado 53, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, apartados 29 y 30, y las sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión, T-160/03, apartado 74, y de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, apartado 114. En la doctrina, *vid.* T. MEDINA ARNAIZ, “Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013, 2014*, pp. 271-300.

27. Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar “sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos” (artículo 8.5).

28. Los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. Por tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses. Es necesario implementar un mapa de riesgos –y las señales de alerta– en la tramitación de las distintas fases de la contratación pública, y “monitorizar” dichas fases de forma activa para evitar conductas patológicas. A estos efectos resulta de interés el Informe anual del

principio de igualdad de trato, como bien advierte la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, ya que implica el “riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho” (apartado 35).

3.6

El principio de calidad: del precio al valor

La justificación de la contratación pública como estrategia obliga a repensar la política de compras (lo que se ha puesto de relieve con motivo de la pandemia COVID-19), que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público, y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y del contrato.

Esta perspectiva cualitativa de la prestación y del contrato se integra, por ejemplo, con la finalidad exigida por la LPCSE (art. 27) de que objetivos sociales, ambientales o de investigación sean un elemento intrínseco y de especial valor, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de planteamientos excesivamente burocráticos o formales.

La calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor)²⁹. El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo

Tribunal de Cuentas europeo relativo al ejercicio 2011 (DOUE C344, de 12 de noviembre de 2012). En este Informe se identifican incumplimientos de la normativa nacional y de la UE en materia de contratación pública en cuanto a la utilización de adjudicaciones directas sin justificación; adjudicaciones directas de obras adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles; adjudicación del contrato a un único licitador sin obtener reducción del precio durante las negociaciones; división artificial de las ofertas; incumplimiento de requisitos de información y publicidad (así como la publicación tardía de los anuncios de adjudicación); deficiencias en los pliegos de condiciones e insuficiencias en la aplicación de criterios de selección y adjudicación.

²⁹. Al respecto me remito a mi libro *La Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 102-112.

a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental). La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta.

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de “cultura” (superar la “presión política” de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo” (W. Dening).

Este factor cualitativo de la prestación se puede tener en cuenta en varias fases y presenta distintas posibilidades. En primer lugar, es muy importante “valorar” este aspecto cualitativo a la hora de determinar la necesidad a satisfacer y, en concreto, al fijar el objeto de la licitación y calcular su valor estimado. Una inadecuada dimensión de cualquiera de estos dos aspectos impedirá cumplir de forma correcta el objetivo de la licitación. De ahí la importancia de conocer el mercado, tanto en su estado técnico como en su dimensión económica, para evitar adquirir productos, servicios u obras que se resienten en su aspecto de calidad y que cumplen peor con los fines públicos.

La perspectiva “cualitativa” de la contratación pública aconseja, por ejemplo, que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas, ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente “asumibles”, en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país). Estas exigencias de “calidad”, con respeto a los principios europeos de la contratación pública, pueden servir para evitar la precarización de las condiciones laborales y desincentivar la deslocalización empresarial (pueden

servir para no penalizar a las empresas europeas, ni a las pymes, y ayudar al fomento de los objetivos europeos de la economía circular).

Establecer umbrales a superar en los aspectos técnicos, regla general en procedimientos negociados y dialogo competitivo, resulta posible (y conveniente) en los procedimientos abiertos. Así lo acaba de declarar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación con la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se pueden incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permiten la exclusión de la oferta. Esta Sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública, y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio.

La calidad debe **servir para la “discriminación de ofertas”, y generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada** como de fijar los criterios de adjudicación. El cambio es de gran relevancia y explica que la nueva regulación sobre contratación pública ya no incluya el concepto precio como concepto principal, sino el de costes o rentabilidad, así como que se pongan en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura). En consecuencia, las entidades contratantes podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia).

Igualmente, los poderes adjudicadores podrán exigir que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas equivalentes. Esto se aplica, por ejemplo, a las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales o a las etiquetas que certifican que un producto se ha fabricado sin trabajo infantil. Pero se podría aplicar a otros aspectos vinculados a una mejor calidad. Obviamente, estos regímenes de certificación deben referirse a características vinculadas

al objeto del contrato y estar basados en información científica, establecida en un procedimiento abierto y transparente y accesible para todas las partes interesadas. Con este sistema se pretende introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos (ya admitido y fomentado por la Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001 –COM(2001) 566 final–), y protección del medio ambiente (admitido como válido por la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública y cuestiones medioambientales, de 28 de noviembre de 2001 –COM(2001) 274 final–).

Por último, la calidad en la prestación aconseja también estudiar la conveniencia de nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución. Así, por ejemplo, el sistema de retribución vinculado al pago por resultados (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*), puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

4

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación

Un aspecto que hay que resaltar es que las previsiones de esta Ley van más allá de lo que es el concepto amplio de “sector público”, en cuanto se aplican a entidades que no son poder adjudicador ni empresa pública porque se entiende que hay influencia del poder público (derechos exclusivos o derechos especiales). Los motivos se reflejan claramente en el Trabajo de los servicios de la Comisión de 27 de junio de 2011 titulado “Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública”: parece adecuado mantener normas en materia de contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, puesto que las autoridades nacionales siguen pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión. Otra razón para seguir regulando la contratación en esos sectores es el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate.

En consecuencia, el ámbito de la Directiva 2014/25 se extiende a empresas privadas que ejerzan actividades en alguno de los campos comprendidos en la misma y “gozen de derechos especiales o exclusivos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro”, siendo la causa de dicha “extensión” la influencia (o tutela) que dichas Administraciones ejercen sobre las mismas. Sin embargo, se aprecia una incorrecta transposición en cuanto al contenido de derechos exclusivos o especiales. Una vez alcanzada una efectiva liberalización de la actividad en cada concreto Estado, deja de ser de aplicación esta Ley. Es lo que ya había sucedido con las telecomunicaciones, excepcionadas ya de la LPCSE de 2007.

4.1

Ámbito subjetivo de aplicación

El ámbito subjetivo tiene peculiaridades que deben ser reseñadas, destacando que se utiliza un concepto más amplio que el del poder adjudicador para determinar el alcance de aplicación, lo que le diferencia de la LCSP³⁰.

Una primera advertencia es que **la LPCSE, en su artículo 5.3, establece que, cuando el ente contratante es una Administración pública, debe aplicarse la LCSP** como norma cabecera y propia de estas. Así, esta LPCSE es solo de aplicación a supuestos de descentralización funcional y empresas privadas con derechos especiales o exclusivos. A estos efectos hay que recordar que la LCSP entiende que tienen consideración de Administración pública:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos.
- d) Las universidades públicas.
- e) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- f) Los consorcios y otras entidades de derecho público que, dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser

30. Sobre la interpretación subjetiva me remito ahora a mi trabajo: “Ser o no ser poder adjudicador. ¡¡Esa no es la cuestión!!”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 29-55; y al estudio de F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública”, *REDA*, núm. 198, 2019, pp. 165-188.

considerados poder adjudicador, y estando vinculados a una o varias Administraciones públicas o siendo dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

g) Las diputaciones forales y las juntas generales de los territorios históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

En consecuencia, quien tenga condición de Administración pública no se someterá a las previsiones singulares de la LPCSE, sino a las reglas ordinarias de la LCSP (únicamente se les aplicará la LPCSE para determinar si los contratos que celebren estas deben considerarse sujetos a regulación armonizada).

La LPCSE utiliza como criterio delimitador para su aplicación subjetiva el de entidades contratantes. A los efectos de la LPCSE se entenderá por:

a) “Entidad contratante”: los poderes adjudicadores que no sean Administración pública de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público, las empresas públicas, así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 6.

b) “Poder adjudicador”: las entidades que tengan esta consideración de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público.

c) “Empresa pública”: las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.

Y se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirecta, sobre una empresa, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a– Que tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa.
- 2.^a– Que dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa.
- 3.^a– Que puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

Igualmente se considera que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos en el sentido definido en el artículo 2, letras y) y z), cuando estos sean concedidos por los órganos competentes de una Administración pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que, siendo compatible con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14, y que afecte sustan-

cialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad. Los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos y que no contravengan el derecho de la Unión Europea, no constituirán derechos especiales o exclusivos a los efectos de esta Ley.

4.2

Alcance del concepto de derechos exclusivos o especiales en la redacción de la Directiva

La cuestión clave es determinar cuando una empresa privada tiene o no hechos exclusivos o especiales. La actual regulación presenta cambios frente al régimen anterior. La Directiva 2004/17 incluía ya una definición adecuada de la noción de derechos especiales y exclusivos³¹. Dicha definición tiene como consecuencia que el hecho de que, con el fin de construir las redes o las instalaciones portuarias o aeroportuarias, una entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación, o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes, no constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. El hecho de que una entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente tampoco constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. Del mismo modo, los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos, no deben considerarse como derechos especiales o exclusivos.

Se producía una limitación de los sujetos sometidos frente a la legislación estatal de 1998 al reducirse las causas o motivos de su extensión, dado que solo se entenderá que concurren estos derechos cuando afecten a las demás empresas competidoras en sus capacidades para desarrollar esta actividad.

La nueva LPCSE incorpora la definición de derechos exclusivos y especiales en el artículo 6.1, afirmando que “A los efectos de esta Ley se considera que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos en el

31. Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 12/2016, de 21 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

sentido definido en el artículo 2, letras y) y z), cuando estos sean concedidos por los órganos competentes de una Administración pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que siendo compatible con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14, y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad”.

Y establece la salvaguarda de que los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos, y que no contravenga el derecho de la Unión Europea, no constituirán derechos especiales o exclusivos a los efectos de esta Ley (art. 6.2).

Sin embargo, no se incorpora el matiz de la Directiva 2014/25, que, al respecto, indica que tales procedimientos son, en particular:

a) los procedimientos de contratación con convocatoria de licitación previa, de conformidad con la Directiva 2014/24/UE, la Directiva 2009/81/CE, la Directiva 2014/23/UE o la presente Directiva;

b) los procedimientos regulados por otros actos jurídicos de la Unión, enumerados en el Anexo II, que garanticen una transparencia previa adecuada para la concesión de autorizaciones con arreglo a criterios objetivos.

Y el referido Anexo II indica en qué procedimientos se extiende que ya no hay derechos especiales o exclusivos; a efectos del artículo 4 de la presente Directiva:

a) la concesión de autorización para explotar instalaciones de gas natural, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2009/73/CE;

b) la autorización o una invitación a licitar para la construcción de nuevas instalaciones de producción de electricidad, de conformidad con la Directiva 2009/72/CE;

c) la concesión de autorizaciones, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 9 de la Directiva 97/67/CE, en relación con un servicio postal que no esté o no estará reservado;

d) un procedimiento de concesión de una autorización para ejercer una actividad que implique la explotación de hidrocarburos, de conformidad con la Directiva 94/22/CE;

e) contratos de servicios públicos en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1370/2007, para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros por autobús, tranvía, ferrocarril o metro que se hayan adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación, de conformidad con su artículo 5,

apartado 3, siempre que su duración sea conforme con el artículo 4, apartados 3 o 4, de dicho Reglamento.

En consecuencia, de no cumplirse estas concretas reglas, aun existiendo un procedimiento de licitación para obtener derechos exclusivos o especiales las entidades contratantes deberán aplicar las previsiones de esta LPCSE. Así, por ejemplo, en un contrato de transporte de viajeros por autobús o tranvía que supere el plazo de 10 años referido en el Reglamento europeo la entidad privada concesionaria (o sociedad de economía mixta) deberá aplicar la LPCSE.

Se constata, en definitiva, que existen problemas prácticos e interpretativos, derivados de que el legislador estatal (en concreto, el Ejecutivo) no ha aclarado bien cuál es el alcance de estos derechos exclusivos o especiales (la lista no se considera exhaustiva en la Directiva europea), lo que puede crear indeseada inseguridad jurídica en sectores estratégicos. Quizá el trámite de enmiendas permita resolver adecuadamente esta cuestión.

4.3

Régimen jurídico de los contratos celebrados

Los contratos públicos sometidos a la LPCSE que celebran los diversos entes se encuentran sometidos en todo caso a las normas de derecho privado en cuanto a su regulación, efectos y extinción. Este régimen es aplicable a poderes adjudicadores no Administración pública, empresas públicas y entidades privadas con derechos exclusivos o especiales.

Los contratos que celebren estas entidades contratantes se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos privados, con la excepción de las normas específicas de obligada aplicación relativas a subcontratación, modificación del contrato, resolución y ciertas condiciones de ejecución y obligaciones fiscales, ambientales y laborales (en concreto, art. 105, condiciones sociales y ambientales de ejecución; art. 107, subcontratación; arts. 109 a 112, sobre modificaciones contractuales; art. 113, de la resolución del contrato).

Cuestiones que podrán ser en su caso susceptibles de reclamación administrativa.

El orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

5

Negocios excluidos: delimitación conceptual

La normativa de contratación pública se aplica a prestaciones o negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos típicos. El artículo 2 de la Directiva 2014/24 afirma que se considera “Contratos públicos” a “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”. En consecuencia, no toda relación jurídica onerosa, aun contractual, tiene la calificación de contrato público. Sirva de ejemplo la STJUE de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen, donde se afirma que “no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador”³².

5.1

Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia

La LPCSE no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14 LPCSE, siempre

32. Interesa delimitar y determinar qué negocios jurídicos están incluidos. *Vid.* J. M.^a GIMENO FELIU, “Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo”, *REDA*, núm. 205, 2020.

que tal actividad esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. Tampoco se aplicará a los concursos de proyectos que se organicen para el ejercicio de esa actividad (art. 17).

5.2

Contratos excluidos por razón de su finalidad

La LPCSE (art. 18) no se aplica a los contratos que las entidades contratantes adjudiquen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 8 a 14, ni para la realización de dichas actividades en un país tercero, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de un área geográfica dentro de la Unión Europea, ni a concursos de proyectos organizados para tales fines.

Para ello, las entidades contratantes comunicarán a la Comisión Europea, a petición de esta, todas las categorías de productos y actividades que consideren excluidas en virtud del apartado 1.

Quedan fuera, asimismo, del ámbito de aplicación los contratos que se adjudiquen a efectos de reventa o arrendamiento financiero a terceros, siempre y cuando la entidad contratante no goce de derechos especiales o exclusivos de venta o arrendamiento del objeto de dichos contratos, y existan otras entidades que puedan venderlo o arrendarlo libremente en las mismas condiciones que la entidad contratante. Las entidades contratantes comunicarán a la Comisión Europea, a petición de esta, todas las categorías de productos y actividades que consideren excluidas en virtud de este apartado.

5.3

Exclusiones en los ámbitos del agua y la energía

Existe una especialidad sectorial que se debe reseñar. La LPCSE tampoco se aplica a los siguientes contratos:

- a) Los contratos para la compra de agua siempre que sean adjudicados por entidades contratantes que ejerzan alguna de las actividades relacionadas con el agua potable contempladas en el artículo 8.1.
- b) Los contratos adjudicados por entidades contratantes que operen en el sector de la energía ejerciendo una actividad contemplada en el artículo 9.1, 10.1, o el artículo 14, en relación con el suministro de energía o de combustibles destinados a la generación de energía.

5.4

Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesión de servicios

La LPCSE (al igual que sucede con la LCSP 2017) no se aplicará a aquellos contratos que tengan por objeto lo siguiente (art. 20 LPCSE):

a) La adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes.

b) Servicios de arbitraje y de conciliación.

c) Alguno de los siguientes servicios jurídicos:

1.º– La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o en una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado, o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º– El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.

3.º– Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.

4.º– Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

5.º– Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Es decir, los servicios de defensa jurisdiccional se pueden contratar directamente. Así lo ha admitido el TJUE y ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 6 de junio de 2019 (asunto C-264/18). Para el TJUE no hay dudas de que esta relación jurídica esta excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. Lo mismo sucede con los servicios de procuradores, en cuanto se retribuyen por aranceles fijados por el Ministerio de Justicia³³.

33. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 52, 2020, pp. 12-103.

d) La emisión, compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros, a tenor de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, así como las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

e) Los préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.

f) Contratos regulados en la legislación laboral.

g) Servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro, así como las concesiones de servicios de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo.

h) Los contratos que tengan por objeto servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro e incluidos en los siguientes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 y 85143000-3, salvo los servicios de transporte en ambulancia de paciente.

i) Los que tengan por objeto la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por “servicio de comunicación audiovisual” y “proveedor del servicio de comunicación” se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Por “programa” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, “contenidos del programa” tendrá el mismo significado que “programa”.

j) Los servicios de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5 cumplan las dos condiciones siguientes: a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad; b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador. En tanto se cumplieran estos requisitos, a estos servicios no les resultarían de aplicación los procedimientos de la LCSP. Y ello porque se trata de prestaciones que se encuentran fuera de la lógica de la prestación de una concreta necesidad pública en régimen de competencia o explotación en el mercado

k) Los contratos de servicios que tengan por objeto la realización de actividades de compra centralizada siempre y cuando el contrato sea adjudicado por una entidad contratante a una central de compras; pudiendo incluir también la realización de actividades de compra auxiliares en el sentido definido en el artículo 2.n). Aquí nos encontramos ante un supuesto de autoorganización administrativa donde no concurren las notas del contrato público.

l) Aquellos contratos de concesiones cuyo objeto principal sea permitir a las entidades contratantes la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones, o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas. A efectos del presente apartado, “red pública de comunicaciones” y “servicios de comunicaciones electrónicas” tendrán el mismo significado que el que figura en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

5.5

Encargos a medios propios y relaciones entre empresas del mismo *holding*

El artículo 25 LPCSE indica que las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que no impliquen el ejercicio de una potestad pública, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Contratos del Sector Público. Deben ser objeto de publicación en el perfil de contratante

(art. 74.6 LPCSE), lo que supone su publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 76 LPCSE).

Esto significa que esta previsión no se aplica ni a las empresas públicas que no son poder adjudicador (caso de Correos) ni a las empresas privadas con derechos exclusivos o especiales. Dado que la LPCSE remite a la LCSP, procede advertir la regulación de los medios propios. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos³⁴.

Una cuestión práctica de interés es la relativa a **las relaciones entre las empresas de un mismo grupo y el significado del artículo 42 del Código de Comercio. Cuestión a diferenciar de los encargos a medios propios (aplicable solo a poderes adjudicadores)**. Es cierto que es habitual que sociedades que configuran un determinado grupo empresarial acudan de forma separada a una misma licitación pública. Si bien es cierto que esta circunstancia no debe comportar un rechazo automático de sus ofertas, no lo es menos que el órgano de contratación deberá de “radiografiar” a dichas personas jurídicas, al objeto de determinar si verdaderamente son licitadores independientes o, por el contrario, se trata del mismo sujeto. La jurisprudencia, al respecto, es clara:

“Así las cosas esta situación de creación, posesión de la totalidad de capital social y administración por una sociedad matriz de otra sociedad filial que tiene el mismo objeto social que la sociedad matriz y lleva a cabo por tanto sus mismas actividades, permite concluir sin margen alguno para la duda, que la sociedad filial, aunque goce de personalidad jurídica y patrimonio distinto de la sociedad matriz, no

34. El criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –“Consideración de medio propio de un ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión”–, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo, afirmando: “Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda”. Sobre la nueva regulación en la LCSP, por todos, pueden consultarse los trabajos de C. AMOEDO SOUTO, “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, en AA. VV., *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 369-410; *ibidem*, “La colaboración público-público en el ámbito local tras la Ley 9/2017, de contratos del sector público”, *Anuario del Gobierno Local 2018*, IDP y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019, pp. 263-298; B. LOZANO CUTANDA, “Encargos a medios propios personificados y sistemas de cooperación pública horizontal”, en AA. VV., *Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, 2018, pp. 45-55; B. NOGUERA DE LA MUELA, “Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, en AA. VV., *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, vol. I, pp. 667-712; y V. TENA PIAZUELO, “¿El recurso a los medios propios personificados como alternativa? La llamada cooperación vertical entre entidades del sector público”, en AA. VV., *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 297-324.

es más que un instrumento en manos de esta que carece de cualquier autonomía de decisión y funcionamiento, y que tal instrumento se dedica a las mismas actividades que la sociedad dominante, de forma que desde el punto de vista económico y patrimonial las dos sociedades son en realidad una misma empresa, y que los objetivos, la estrategia, la actividad industrial y la mercantil de la sociedad filial son los que fija la sociedad matriz, o, en otras palabras, que la sociedad filiar existe en la medida en que así lo ha querido la sociedad matriz, que la constituyó por razones económicas, estratégicas, fiscales o de otro tipo, y que por esta misma razón puede desaparecer cuando la sociedad matriz lo considere conveniente, en cuyo momento la actividad de la sociedad filial— sus bienes y derechos, su clientela (fondo de comercio), pasarán de forma automática a la sociedad dominante” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 709/2007, de 29 de octubre, RJCA 2008\72).

Así, cuando una empresa del grupo empresarial no tiene vocación empresarial propia y carece de autonomía decisional, debe considerarse que estamos ante una única empresa. Esta identidad única de empresa no puede ser objeto de interpretación “singular” por la Administración pública, dado que las previsiones del derecho mercantil exigen aplicar sus reglas y principios propios.

Al respecto, conviene recordar que la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, modificó el artículo 42.1 del Código de Comercio en sintonía con la definición de grupo de sociedades regulado en las normas internacionales de contabilidad, cuya principal consecuencia fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados “grupos de coordinación”, integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión, concepto jurídico que permitía identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades estaban controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil.

La actual redacción del artículo 42.1, 2.º párrafo, del Código de Comercio señala: “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

El mecanismo para entender que existe control, al igual que ocurría cuando se hablaba de unidad de decisión, es relacionar una serie de supuestos en los que se presume que existe ese control:

Cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las empresas del grupo Correos (que no es poder adjudicador), que se crean con una finalidad empresarial de mejor gestión y no de diversificación empresarial. La estrategia es única porque, en puridad, solo hay una empresa. **Los medios de cualquiera de las empresas del grupo están al servicio de la única voluntad y proyecto mercantil del ente matriz. Existe, por ello, una única identidad de empresa y sus medios son siempre propios.**

La formación de grupos de sociedades viene determinada por la propia evolución de la economía, que da lugar a la creación de distintas sociedades, cada una con su personalidad jurídica, pero que actúan en el mercado con objetivos comunes y una dirección común. Esta diversidad de sociedades tiene su fundamento en distintos motivos que pueden ser de carácter geográfico, técnico, histórico, etc. En todo caso debemos recordar que la contabilidad tiene como principal objetivo mostrar la imagen fiel de la empresa. Este objetivo, cuando nos encontramos ante esta realidad de diversas sociedades, pero con esta dirección común, requiere de la contabilidad un tratamiento específico. Esta necesidad implica una nueva obligación para estas sociedades que se establece en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 42.1, primer párrafo: “Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección”.

Se establece así una obligación de proporcionar esa información contable pero agregada respecto a todas las entidades que forman el grupo. Esta obligación, no obstante, no libera de la obligación de proporcionar la información individual de cada sociedad, como establece el artículo 42.2 del Código de Comercio que a continuación reproducimos:

“42. 2. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico”.

Abunda en esta afirmación la propia regulación contable, que sirve para una interpretación correcta del supuesto. La reforma contable acometida en 2007 definió dos conceptos de grupo de sociedades: por un lado, los denominados grupos verticales o de subordinación, basados en la “existencia o posibilidad de control” (concepto inglés), constituidos por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera, y regulados en el artículo 42 del Código de Comercio; y por otro, los conocidos como grupos horizontales o de coordinación, basados en la noción de “unidad de decisión” (concepto germánico), integrados por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúan conjuntamente o se hallan bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, y previstos en el artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Dicha reforma establecía la obligación de consolidar únicamente a los grupos de subordinación. De este modo, se rompió con la normativa de consolidación anterior a 2007, en la que la obligación de consolidar venía dictada por la existencia de personas físicas o jurídicas que, a través de una unidad de decisión, cohesionaban a las sociedades que constituían el grupo, sin necesidad de existencia de relaciones de control entre las mismas.

Las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas (NOFCAC) aprobadas en 2010, en línea con lo que constituyó la reforma contable de 2007, mantuvieron la exclusión de los grupos de coordinación de la obligación de formular cuentas consolidadas, sin que estos desapareciesen, al ser necesarios, entre otros motivos, a los efectos de proporcionar información relativa a dichos grupos en las cuentas anuales individuales de las sociedades.

Por tanto, el “control” definido por la propia norma como “el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades”, es el **aspecto clave para identificar la relación dominante (dependiente) y, en consecuencia, la obligación de consolidar. Y ello porque existiría una**

única identidad decisional empresarial. O lo que es lo mismo, una única empresa.

Tanto en el artículo 42 del Código de Comercio como en el artículo 2.1 de las NOFCAC (Real Decreto 1159/2010 sobre normas de consolidación y modificaciones al Plan General de Contabilidad) se citan cuatro situaciones en las que se presume existe control por parte de la dominante sobre la/s dependiente/s, que pueden resumirse en dos:

a) Poseer la mayoría de los derechos de voto, ya sea por sí misma o por medio de pactos o acuerdos con otros socios.

b) Poseer la mayoría en el órgano de administración, bien por haber nombrado a la mayoría o por poderla nombrar o sustituir.

Resulta evidente que, siguiendo con el ejemplo, Correos es un ejemplo de grupo vertical o de decisión. Por ello, mercantil y contablemente, se entiende que estamos ante una única empresa. No es posible otra interpretación, pues se limitaría de forma indebida e ilegítima lo que son opciones de estrategia mercantil validadas por las normas legales, que pondrían en cuestión el mismo modelo de competencia. El derecho administrativo, o mejor, su interpretación, encuentra un límite infranqueable en las reglas mercantiles, que son el elemento de referencia para resolver cuando existe o no una única empresa, aunque exista, por motivos empresariales legítimos, una estructura diversificada a través del grupo de empresas³⁵.

Esta argumentación tiene, además, fundamento europeo. Una entidad contratante no poder adjudicador puede utilizar la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción y de constatación de solvencia adecuada suficiente. Según jurisprudencia europea reiterada, las directivas sobre contratos públicos no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda recibir la calificación de contratista de un contrato público de obras (en este sentido, las sentencias de 14 de abril de 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/1992, apartado 13, y de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/1998, apartado 26)³⁶.

35. Opción que es bien distinta de la acreditación de solvencia con medios externos, pues estos son siempre ajenos a la propia empresa (en sentido amplio) que los incorpora. Sirva de ejemplo la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en su Resolución 18/2014, donde admite, con fundamento en el artículo 42 del Código de Comercio, a efectos de considerar un elemento tan relevante como la clasificación empresarial, que “la clasificación aportada por FCC Ámbito acredita la clasificación de FCC en el subgrupo S3A para celebración del contrato a que licita”.

36. Este criterio, utilizado para delimitar cuándo se es operador económico, ha sido confirmado por la Sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA*, asunto C-94/12.

Resulta de especial interés, por ser *leading case*, la STJUE de 14 de abril de 1994, Ballast Nedam Groep, C-389/1992, pues su objeto se refiere a la solicitud de clasificación por persona jurídica que domina un grupo. Y la respuesta es clara:

“Procede, pues, responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales, y la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, deben interpretarse en el sentido de que permiten, para apreciar los criterios a que debe responder un contratista, al examinar una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domine un grupo, tener en cuenta a sociedades que pertenezcan al grupo, siempre y cuando la persona jurídica de que se trate acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades que sean necesarios para la ejecución de los contratos. Corresponde al juez nacional apreciar si se aporta tal prueba en el asunto principal”³⁷.

Hasta tal punto es así que, a efectos de derecho de la competencia y las posibles sanciones, el TJUE admite esta interpretación de unidad empresarial. Así, en la Sentencia Ballast Nedam/Comisión (T-361/06), en relación con una sanción al grupo empresarial, declara lo siguiente:

“68 En el pliego de cargos la Comisión recordó, en primer lugar, que cada grupo de sociedades afectado constituía una sola empresa y que la sociedad matriz del grupo podía ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de sus filiales (apartado 324). Seguidamente, señaló que la demandante había participado en el cartel a través del director de BNGW [apartado (235) del pliego de cargos], y posteriormente de BN Infra (apartado 339 del pliego de cargos) y que, debido a que la demandante controlaba la totalidad del capital de BN Infra (anteriormente Ballast Nedam Wegenbouw BV y BNGW) a través de la entidad intermedia Ballast Nedam Nederland, presumía el ejercicio de una influencia decisiva de la sociedad matriz en el comportamiento de esas dos filiales. Por último, la Comisión aportó algunos datos adicionales acerca de la exis-

37. Esta jurisprudencia ha sido aplicada por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), en Sentencia de 16 de marzo de 2011, rec. 71/2010, al recordar que, “de conformidad con la interpretación que dimana de la Sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1994 (asunto C-389/92), es admisible acreditar la solvencia técnica y económica a través del grupo de empresas”.

tencia de una empresa unitaria entre la demandante y BN Infra (apartado 340 del pliego de cargos). Habida cuenta de todas estas consideraciones, la Comisión decidió que debía dirigir el pliego de cargos a BN Infra por su participación directa en los acuerdos (y la de sus predecesores) y a la demandante por su participación mediante el ejercicio efectivo de una influencia decisiva en el comportamiento de BN”.

Por ello, **un grupo empresarial que acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de sus filiales que sean necesarios para la ejecución de los contratos no está obligado a aplicar ninguna licitación, ni se aplica la técnica de los medios propios si no es poder adjudicador**³⁸.

6

Del ámbito objetivo “especial”. Las actividades reguladas

Esta LPCSE se aplica a contratos públicos de entidades contratantes cuando exista la “especial actividad que justifica su regulación” y que son las siguientes:

1.– Agua:

El artículo 8 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector del agua:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable.

b) El suministro de agua potable a dichas redes.

La LPCSE se aplica, asimismo, a los contratos y a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad

³⁸. Avala esta argumentación la doctrina de órganos consultivos en contratación administrativa que citan jurisprudencia del TJUE. Se puede recordar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha dedicado varios informes a estudiar la incidencia de los grupos de empresas en la solvencia exigible en los contratos públicos, pudiendo resumir por todos ellos el contenido del Informe 45/02, de 28 de febrero de 2013, que, recogiendo la doctrina jurisprudencial del TJUE, entiende que puede tenerse en cuenta a las sociedades pertenecientes a un grupo de empresas a efectos de acreditación de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de la persona jurídica predominante. Igualmente, el Informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación de la habilitación empresarial o profesional con medios externos, concluye que el empresario podrá complementar la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato basándose en la habilitación y los medios de una sociedad de su grupo de empresas, e interpreta que entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades no es exigible la subcontratación, por no tener la consideración de tercero.

contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:

a) Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

b) La evacuación o el tratamiento de aguas residuales.

No se considerará como una actividad regulada el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de agua potable por parte de la entidad de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11 LPCSE.

b) Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de agua potable de la entidad contratante, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.

2.- Gas y calefacción:

El artículo 9 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector de gas y calefacción:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de gas o calefacción.

b) El suministro de gas o calefacción a dichas redes.

No se considerará una actividad regulada el suministro de gas o calefacción a redes destinadas a prestar un servicio al público por una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de gas o de calefacción por la entidad de que se trate sea una consecuencia inevitable del ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo o en los artículos 8 y 10 a 14 de esta Ley.

b) Que la alimentación de la red pública tenga el único propósito de explotar en forma económica dicha producción y corresponda, como máximo, al 20 % del volumen de negocios de la entidad contratante, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.

3.- Puertos y aeropuertos:

El artículo 12 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva; se aplicará a las actividades de explotación de una zona geográfica determina-

da con el fin de poner aeropuertos, puertos marítimos o interiores, u otras terminales de transporte a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales.

Esta previsión supone un importante cambio regulatorio al aplicar esta normativa contractual frente a situaciones previas reguladas desde la óptica de contratos patrimoniales o contratos privados.

4.- Servicios postales:

El artículo 13 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para los servicios postales, que se aplicará a las actividades relacionadas con la prestación de los siguientes servicios:

- a) Servicios postales en el sentido definido en el artículo 2.x).
- b) Servicios distintos de los servicios postales, siempre y cuando estos últimos los preste una entidad que preste igualmente servicios postales, y no se trate de una actividad sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado en los términos indicados en el artículo 17.

A los efectos de esta Ley tendrán la consideración de “servicios distintos de los servicios postales” los siguientes:

- a) Los servicios de gestión de servicios de correo. Tanto los servicios previos al envío como los posteriores a él, incluidos los servicios de gestión de salas de correo.
- b) Los servicios relativos a envíos postales no incluidos en la definición del artículo 2.w), como la publicidad directa sin indicación del destinatario.
- c) Los servicios financieros que incluyan en particular los giros y las transferencias postales, excepto aquellos que se excluyen en virtud del artículo 20.d).
- d) Los servicios filatélicos.
- e) Los servicios logísticos, entendiéndose por tales aquellos servicios que combinan la distribución física y la lista de correos con otras funciones no postales.
- f) Los servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esa vía, incluidos la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo certificado.

5.- Prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos:

El artículo 14 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos. Y se aplicará a las actividades de explotación de una zona geográfica determinada con alguna de las siguientes finalidades:

- a) La extracción de petróleo o gas.

b) La prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

6.– Transporte:

El artículo 11 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector del transporte, que se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable (lo que afecta a las estaciones de esquí).

Se considerará que existe una red en los servicios de transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por la autoridad competente. Estas condiciones harán referencia a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible, a la frecuencia y puntualidad del servicio, a sus infraestructuras, sus vehículos y combustibles, y a la incorporación en el transporte de los sistemas inteligentes de transportes (ITS), entre otros.

7.– Electricidad:

El artículo 10 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector de la electricidad:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de electricidad.

b) El suministro de electricidad a dichas redes.

Como indica el considerando 23 de la Directiva 2014/25, “Sin ampliar en modo alguno el ámbito de aplicación de la presente Directiva, es preciso aclarar que la producción, la venta al por mayor y la venta al por menor de electricidad quedan contempladas cuando la presente Directiva se refiere al suministro de electricidad”.

No se considerará una actividad regulada el suministro de electricidad a redes destinadas a proporcionar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de electricidad por parte de la entidad contratante de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo o en los artículos 8, 9 y 11 de esta Ley.

b) Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de energía de la entidad contratante, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.

7

Novedades en el sistema de control administrativo: problemas prácticos de la invalidez

En esta materia, la LPCSE pretende cierta “armonización” con los contenidos de la LCSP, lo que plantea algunos problemas prácticos.

7.1

La invalidez en estos contratos especiales

La nueva LPCSE introduce un régimen de invalidez similar al contenido en la LCSP 2017. Este régimen de invalidez pivota en torno a la regulación de causas de nulidad y anulabilidad de derecho administrativo, de un lado, y de causas de invalidez de derecho civil, de otro lado³⁹. Además, el legislador prevé los efectos que han de derivarse de la invalidez. En la LPCSE se prevé qué contratos serán inválidos:

a) Cuando concorra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas a que se refieren los artículos 115 y 116 LPCSE.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado.

Por la **intención de “armonizar” con la LCSP se introducen supuestos de nulidad de derecho administrativo** (lo que avalaría la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa): el contrato será inválido si concurren algunas causas de nulidad reguladas en el artículo 47.1 LPAP. Se trata del listado clásico de causas de nulidad de los actos administrativos: a) lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) incompetencia manifiesta del órgano por razón del territorio o la materia; c) contenido imposible; d) actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ella; e) actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; f) actos expresos

³⁹. Sobre la problemática del régimen de invalidez contractual son de especial interés las reflexiones de T. CANO CAMPOS, “La invalidez de los contratos públicos y su control”, en A. HUERGO (dir.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 101 y ss.

o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando no se cumplan los requisitos esenciales para su adquisición; g) cualquier otra causa establecida en una norma con rango legal.

Junto a estas causas generales de nulidad, el legislador introduce otras específicamente para el ámbito contractual:

Serán igualmente nulos los contratos celebrados por las entidades contratantes en los que concurra alguna de las causas siguientes:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o el estar este último incurso en alguna de las prohibiciones para contratar que establece el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

b) La falta de publicación del anuncio que sirva de convocatoria de licitación en el perfil de contratante, en el “Diario Oficial de la Unión Europea” o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con lo establecido en la LPCSE.

c) La inobservancia, por parte de la entidad contratante, del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 73.2 para la formalización del contrato, siempre que concurran los dos siguientes requisitos:

1.º– Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación.

2.º– Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

d) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto la reclamación en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer de la reclamación que se hubiera interpuesto.

e) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

f) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El artículo 116 **LPCSE se refiere a las causas de anulabilidad**. Además, se remite a las causas de anulabilidad contenidas en el artículo 48 de la LPAP –actualizando, así, la remisión que previamente se refería al artículo 63 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común–.

En todo caso serán causas de anulabilidad las siguientes:

a) El incumplimiento de las circunstancias y los requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 110 y 111 LPCSE.

b) Los encargos que acuerden las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, relativos a la condición de medio propio.

c) Los contratos que se hubieren celebrado sin sujeción a la LPCSE con empresas asociadas y con empresas conjuntas, cuando no se observe alguno de los requisitos establecidos en el artículo 24 LPCSE.

La LPCSE también indica que el ámbito de aplicación de las causas de invalidez civil se amplía a todos los contratos celebrados por las entidades contratantes (art. 117 LPCSE). En esos casos se aplican los requisitos y plazos de ejercicio de acciones propios del ordenamiento civil. Ahora bien, cuando el contrato se haya celebrado por una Administración pública, la Ley señala que deberá seguirse “lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables”.

Los supuestos de nulidad de derecho civil serían los siguientes: a) la falta de consentimiento, de acuerdo con los artículos 1261 y 1262 CC; b) el carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato (art. 1273 CC); c) la inexistencia o ilicitud de la causa (art. 1275 CC); d) la contravención de una ley imperativa o del orden público (art. 1255 CC); y e) la insuficiencia de poder del firmante de la proposición (art. 1259 CC) –aunque este trámite puede subsanarse al comienzo de la licitación y, tras la adjudicación, pasaría a ser un vicio de invalidez de derecho administrativo–.

Las causas de anulabilidad serían: a) la falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar, que se regula como causa de nulidad de derecho administrativo (arts. 1263-1264 CC); b) el error como vicio en el consentimiento padecido por el licitador o el ente adjudicador (arts. 1265-1266 CC); c) el dolo, si una de las partes induce a la otra a celebrar un contrato que no habría celebrado (arts. 1265, 1269 y 1270 CC); y d) la violencia e intimidación al licitador a la hora de presentar su proposición (arts. 1265, 1267 y 1268 CC).

Por último, hay que destacar, en cuanto a los efectos de la invalidez, que el artículo 117 LPCSE señala que la declaración de nulidad de los actos

preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo 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. En consecuencia, la nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.

En todo caso, si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

7.2

El recurso especial

La contratación en estos sectores se encuentra sometida a las previsiones de la Directiva 89/665, “recursos” de contratación pública⁴⁰. La incorporación de la solución se efectúa a través del artículo 121 LPCSE, que remite a las reglas generales de la LCSP 2017. Así, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1477), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (PACAP).

Señala el artículo 51 LCSP que el procedimiento se iniciará mediante escrito en el que se harán constar el acto recurrido, el motivo en que se fundamenta el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las provisionales cuya adopción solicite. A este escrito deberán acompañarse los documentos que con carácter general deben acompañarse en el ejercicio de toda clase de acciones, como los documentos que acrediten la legitimación del recurrente y la representación del compareciente, copia o traslado del acto expreso que se recurra o documento o documentos en que funde su derecho, y añade el artículo 51 LCSP la exigencia de “una dirección de correo electrónico “habilitada” a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones”, dada la tramitación electrónica del recurso que impone la LCSP.

⁴⁰. Vid. B. NOGUERA DE LA MUELA, “Las directivas comunitarias de sectores excluidos y la Ley 48/98, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de aplicación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, 2002, pp. 121-138.

La LPCSE (art. 119) remite al mismo sistema de control que la LCSP 2017. Opción lógica en tanto se transpone la misma normativa europea. Interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial (artículo 44 LCSP), que incluye ya, además de los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, así como los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, los encargos a medios propios y también ciertos actos relativos de la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales o el rescate de concesiones. Así, el recurso especial ya no es solo precontractual y alcanza a la fase de ejecución y extinción. Sin embargo, se olvida, al igual que la LCSP, de la exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya el efecto directo de incluir en el ámbito del recurso especial las cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión.

En todo caso debe tenerse en cuenta el concepto amplio de “decisión” al que se refiere la STJUE de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo, S.L., y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que recuerda el efecto directo de las directivas “recursos” (criterio ya aplicado por órganos de recursos contractuales: por ejemplo, los acuerdos 75/2017 y 117/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Esto significa que el recurso especial alcanza, lógicamente, a cualquier decisión en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos adjudicatarios (se trata de una interpretación ya asentada en el derecho comunitario europeo). Son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que la decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki). En particular, además del acto de adjudicación, también pueden recurrirse la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SSTJUE de 18 de junio de 2002, HI, y de 2 de junio de 2005, Koppensteiner), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal –como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos– (SSTJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, y de 18 de enero de 2007, Auroux), o los actos o resoluciones que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, Hackermüller). También los casos de ausencia de indicación, en el anuncio

relativo a un contrato, de la cantidad o la extensión global de tal contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl*), y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatibles con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens y ARGE*).

Obviamente, este recurso, de fundamento comunitario, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik PlanungsgesmbH*), o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). Y lo serán también aquellos modificados que devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*: constituye una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la STJUE de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, apartados 44 y 46).

La nulidad de un criterio de adjudicación implica la nulidad del procedimiento de licitación, tal y como ha advertido el TJUE en la STJUE de 4 de diciembre de 2003, as. C-448/01, EVN AG, que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato. La duda que se plantea es si en estos supuestos procede adjudicar el contrato –haciendo abstracción del criterio anulado– o, por el contrario, es preciso convocar una nueva licitación. Pues bien, el Tribunal concluye que solo la segunda de las alternativas se ajusta al derecho europeo. Y es que:

“[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia *SIAC Construction*, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abs-

tracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”.

En definitiva, la anulación de un criterio de adjudicación por parte del órgano de recurso debe conducir, inexorablemente, a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

Hay que reseñar que, frente al carácter obligatorio de este recurso en la Ley 31/2007, ahora (por inercia) será gratuito y potestativo. Esta opción abre la problemática de la dualidad jurisdiccional, pues las entidades contratantes que sean privadas están excluidas, al menos formalmente, de la LJ 98. Así, frente a la resolución del recurso especial se deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 122 LPCSE). Pero si, como es potestativo, se pretende acudir a la vía jurisdiccional, la competencia recaerá en el orden civil. Se reabre, así, un problema que se superó con la Ley de sectores especiales de 2007.

El artículo 122.3 LPCSE señala que “los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso”.

Por último, hay que recordar que el órgano de recursos contractuales, en el caso de estimar el recurso, **podrá apreciar en su resolución, a instancia del interesado, la obligación de indemnizarle por los daños y perjuicios derivados** del recurso, y dicha 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. Entre los daños indemnizables podrán incluirse los gastos necesariamente originados por la intervención en el procedimiento de recurso, incluidos los derivados de la práctica de prueba. En todo caso deberá tratarse de daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente. Cuando proceda la indemnización, esta se fijará atendiendo en lo posible a los criterios fijados en los apartados 2 y 3 del artículo 34 de la LRJSP.

Y por otro lado, cuando el Tribunal aprecie –de oficio o a instancia de parte– temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente, cuyo importe podrá oscilar entre 1000 y 30 000 euros (la LCSP ha elevado la cuantía de la multa de 15 000 a 30 000 euros), determinándose en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, “así como del cálculo de los beneficios obtenidos”, ingresándose la multa impuesta en el Tesoro Público.

7.3 El control jurisdiccional

Dado que son personificaciones privadas, las cuestiones no sometidas a esta Ley se residenciarán ante la jurisdicción civil, salvo que exista una actuación materialmente administrativa. En las cuestiones LPCSE, tras el recurso especial, potestativo, se acude ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si no se interpone recurso especial, habrá que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa si la entidad contratante es poder adjudicador, en coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa.

Sin embargo, la LPCSE no dice nada en los casos de contratos de empresas públicas y entidades con derechos exclusivos o especiales (hay que advertir que la Ley 31/2007, sobre esta cuestión, declaraba obligatorio el recuso especial para que existiera un acto administrativo impugnabile en todo caso)⁴¹. Lo lógico, por la materia (y porque en la invalidez que regula la LPCSE existen motivos de derecho administrativo), sería pensar que la competencia recae en lo contencioso-administrativo, pero convendría un ajuste legal. Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador, y no el formal de Administración pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia⁴². Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos “materialmente” administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos en sectores especiales, tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad⁴³. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración

41. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 338-346.

42. Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en AA. VV., *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

43. A favor de esta opción, con la Ley anterior de 1998, se posicionan J. L. MEILÁN GIL y C. AYMERICH, en su trabajo: “Contratación pública en los sectores especiales”, en AA. VV., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, p. 146. En términos similares, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 171.

pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización⁴⁴.

7.4 El arbitraje

La LPCSE (art. 123) prevé de forma expresa la posibilidad de aplicar las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, para la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos que se celebren⁴⁵. Las principales ventajas serían: plazo rápido de resolución del conflicto y su no judicialización posterior, menores costes procesales, especialización de los árbitros, y mayor confidencialidad.

Se pretende dotar de agilidad en la resolución de eventuales conflictos, evitando su posterior judicialización. Esta opción puede resultar más conveniente, sobre todo en procedimientos complejos como la compra de innovación. De hecho, la Ley 3/2012 de Aragón ya introdujo un nuevo artículo 22 en la Ley 3/2011, de medidas de contratos del Sector Público de Aragón, dedicado al “Arbitraje”, que permitía a las Administraciones públicas de Aragón recurrir al arbitraje –*ex* artículo 50 LCSP, que no prohíbe esta posibilidad– en las cuestiones de ejecución del contrato.

El pliego de condición de ejecución de estos contratos deberá incluir expresamente esta posibilidad, que deberá ser aceptada por el licitador, tal y como advirtió el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de junio de 1996. Para evitar posteriores problemas el pliego debe contener ya las personas designadas para este eventual arbitraje, así como los plazos y la retribución (art. 123.2 LPCSE).

Hay que destacar que, si el pliego no ha previsto nada, el artículo 123.3 LPCSE señala que la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al

44. Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de derecho y de la necesaria seguridad jurídica, pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de la misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 2013, p. 622).

45. Al respecto, por todos, me remito a los trabajos de C. BALLESTEROS PANIZO, “El arbitraje en la contratación pública”, *REDA*, núm. 200, 2019, pp. 191-218, y V. ESCARTÍN ESCUDÉ, “El arbitraje y otros medios de resolución de conflictos en derecho administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, 2012, pp. 101 a 163.

órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación (es decir, los órganos de recursos contractuales, a los que se les amplía de esta manera su competencia). Hay que advertir que en este caso estos tribunales administrativos funcionarán como corte de arbitraje, dictando un laudo definitivo solo impugnable por los motivos tasados de la Ley de Arbitraje.

8

Sobre la ejecución de los contratos. Especialidades

La LPCSE, frente a su predecesora, que dejaba en manos del derecho civil estas cuestiones, ha introducido precisiones importantes vinculadas al fin de la correcta prestación de la necesidad licitada.

8.1

La subcontratación

La LPCSE (art. 107) regula la subcontratación con un régimen similar al de la LCSP⁴⁶. Elimina el límite a la misma que, en defecto de previsión en el pliego,

46. La subcontratación en la ejecución de los contratos públicos es una cuestión clave para entender el funcionamiento del mercado y la posición de las pymes en el mismo. En modo alguno es una cuestión que pueda ser considerada ajena para la Administración o los distintos entes contratantes, y aconseja ciertas reflexiones previas de carácter general que permitan entender el vigente marco normativo y las alternativas prácticas en la gestión de los contratos. La subcontratación obedece, principalmente, a la lógica de un mercado no regulado, pero que permite posicionamientos activos de los distintos órganos de contratación, en aras tanto de una mejor ejecución del contrato como de la implantación o articulación de una concreta política pública de reorientación de ese mercado y de estímulo a las pymes. En la regulación y el desarrollo práctico de esta materia se mezclan tres cuestiones: el interés de la Administración en garantizar la adecuada ejecución del contrato, el derecho del empresario a la subcontratación, y los derechos de los empresarios subcontratistas. A ello se debe añadir la tendencia progresiva de todos los sectores a ampliar la utilización de esta figura como sistema de mejora de la productividad y de la competitividad, y el ser un mecanismo que permite la participación en el mercado público de las pequeñas y medianas empresas. Sobre la función de la subcontratación me remito, por todos, a los trabajos de M. FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, y “La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las Administraciones públicas”, *REDA*, núm. 109, 2001, pp. 62 y ss. También al trabajo de E. MARÍN ALBARRÁN, “La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto. Referencia a ciertas dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, 2014*, pp. 465-491. Sobre esta regulación en la LCSP puede consultarse J. JORDANO, “Luces y sombras en la reforma operada sobre la subcontratación por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en Í. DEL GUAYO CASTIELLA y A. FERNÁNDEZ CARBALLAL (coords.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo*

establecía la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en el 60 por ciento del importe de adjudicación del contrato, siguiendo el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de julio de 2016, Wroclaw⁴⁷. En ningún caso la prohibición de subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia. El pliego debe determinar el alcance de la posible subcontratación (ya no por importe, sino por unidades). Los subcontratos tendrán en todo caso naturaleza privada (art. 107.7 LPCSE).

Como regla general, los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante, con arreglo estricto a los pliegos de condiciones y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 27.4 LPCSE. El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones o autorizaciones no alterará la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

Como reseña el artículo 105.4 LPCSE, todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

La celebración de las subcontratas estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 107.2 LPCSE):

a) Si así se prevé en los pliegos de condiciones, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a los criterios de selección cualitativa de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, a la entidad contratante la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditan-

del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, 2019, pp. 515-532.

⁴⁷. Habrá que respetar las exigencias fijadas en la Sentencia TJUE de 14 de julio de 2016, Wroclaw, que recuerda que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo. Criterio avalado por la Sentencia TJUE de 5 de abril de 2017, Borta, que admite como posibilidad, respetando el principio de proporcionalidad, que se pueda restringir la opción de la subcontratación.

do que el mismo no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

El contratista principal deberá notificar por escrito a la entidad contratante cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato, si la misma es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos de condiciones hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, siempre que la entidad contratante no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional. Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días, si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3, segundo párrafo, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, las entidades contratantes podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en la documentación preparatoria de la contratación.

e) El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

f) En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico, o con personas incursas en prohibición de contratar de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Esta previsión se ajusta a la doctrina de la STJUE de 20 de noviembre de 2019 (figura expresamente como prohibición de contratar en los artículos 36, 56.3 y 57.4 LPCSE).

La infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, cuando así se hubiera previsto en los pliegos de condiciones, a alguna de las siguientes consecuencias:

- a) La imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato.
- b) La resolución del contrato.

8.2

Pago directo a subcontratistas

El derecho europeo alienta el régimen de pagos a subcontratistas (la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 78, indica que los Estados miembros “deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas”). Así, el artículo 71.3 prevé que los Estados miembros podrán disponer que el poder adjudicador “transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden”, y que las disposiciones nacionales “podrán” incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los “pagos indebidos”. Hay que advertir que aquí, en los sectores especiales, a diferencia del contrato administrativo (donde el artículo 227, “Subcontratación”, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece lo siguiente: “8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”), las relaciones jurídicas son privadas. Por ello, resultaría de aplicación directa la acción directa del artículo 1597 del Código Civil. Y la jurisprudencia civil ha venido siempre reconociendo la procedencia de esta acción en subcontratos generados en expedientes de contratación (*cf.* STS 2015\2014 y STS 633\2017)⁴⁸.

Sin embargo, la LPCSE (disposición adicional séptima), restringiendo el derecho expuesto (por desconocimiento), indica la posibilidad de pagos direc-

48. La STS de 17 de marzo de 2016 (Sala de lo Civil, rec. 3/2014) ha tenido ocasión de aclarar desde qué momento surte efectos la exclusión de la acción directa en el ámbito de la contratación pública. La acción directa es ejercitable cuando el subcontrato se hubiese celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley 24/2011 (lo que se produjo el 3 de noviembre de 2011). La misma Sentencia recuerda que el requerimiento, incluso extrajudicial, del subcontratista al dueño de la obra, impone a este la prohibición de efectuar el pago del crédito objeto del contrato de obra.

tos a los subcontratistas cuando así lo hubieran previsto los pliegos y se cuente con la conformidad del contratista principal. En consecuencia, con que el pliego no diga nada la LPCSE ha eliminado la acción directa que tenían los subcontratistas, lo que, en mi opinión, perjudica notablemente a estos y las pymes.

Las reglas, en su caso, serían las siguientes:

1. El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro.

2. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la entidad contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra.

3. En ningún caso será imputable a la entidad contratante el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal con la factura presentada por el subcontratista.

Por otra parte, hay que recordar que el subcontratista puede siempre proceder, concurriendo las condiciones procesales oportunas, al embargo ejecutivo (art. 551.3.1.o de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–) o cautelar (art. 727.1.o LEC) del crédito del contratista contra la entidad contratante, produciéndose de esta forma la retención del crédito del contratista en poder de la entidad contratante (art. 621.3 LEC). El embargo funciona como una cesión limitada del crédito.

Esta regulación –que copia por inercia la opción de la LCSP– es un paso atrás en la lucha de extender la acción directa del derecho privado a todo contrato público, pues ahora, en sectores especiales, pasa a ser potestativo, cuando antes era obligatorio⁴⁹. Existe, en todo caso, un conflicto normativo claro, pues no se ha modificado el artículo 1597 del Código Civil, lo que planteará problemas prácticos evidentes, al poder defenderse que la LPCSE no puede desplazar al Código Civil.

8.3

El régimen de las modificaciones contractuales

Procede una sucinta referencia al régimen de modificación contractual, que se alinea con el sistema de la LCSP. Los artículos 109 a 112 regulan la modificación contractual, alejando esta cuestión de las reglas del derecho privado.

⁴⁹. Cuestión que fue de especial análisis por F. BLANCO LÓPEZ en su muy interesante trabajo: “La subcontratación administrativa y el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 38, 2011, pp. 221-258.

El régimen es casi similar al de la LCSP, aunque quizás más “pegado” a la letra de la Directiva 2014/25. En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24)⁵⁰. En ningún caso las entidades contratantes podrán prever en el pliego de la licitación modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. Y, por exigencia europea (al igual que de la LCSP), se incorpora la obligación de publicar las modificaciones y se abre la posibilidad de impugnarlas, en tanto puedan suponer una adjudicación ilegal.

9

Conclusiones

La nueva regulación de la LPCSE pretende dar cumplimiento a la obligación de transposición de la Directiva 2014/25. A diferencia de la anterior normativa que deroga, pretende incorporar las mismas soluciones adoptadas en la LCSP 2017, sin advertir que en muchos casos las entidades contratantes no son ni siquiera poder adjudicador (en cuyo caso habrá que estar a las normas de competencia).

El texto, desde una perspectiva formal, presenta una correcta sistemática que facilita su aplicación por las entidades contratantes y contratistas, donde la homogeneidad de soluciones adoptadas en relación con los procedimientos, criterios de solvencia (y acreditación), criterios de adjudicación (y su vinculación a la visión estratégica y la compra que ponga atención al valor cualitativo y no al precio) y ejecución, ayuda en la necesaria seguridad jurídica.

50. Vid. I. GALLEGO CÓRCOLES, “Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales”, en AA. VV., *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2017, pp. 51-82. Sobre el derecho europeo como contexto de interpretación en esta materia me remito a los trabajos de I. GALLEGO CÓRCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, en AA. VV., *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167; y de J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015. Sobre la regulación que contiene la LCSP, en cuanto puede servir de referencia, por todos, pueden consultarse los trabajos de J. M.^a BAÑO LEÓN, “El ‘modificado’ de los contratos”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1345-1365; y de J. M.^a GIMENO FELIU, “Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP”, en I. GALLEGO CÓRCOLES y E. GAMERO CASADO (coords.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2018, pp. 240-318 (en especial, pp. 278-284).

Sin embargo, como debilidades de la transposición pueden advertirse las siguientes: primero, la incorrecta definición/aclaración del concepto de derechos exclusivos y especiales, lo que genera dudas sobre el ámbito subjetivo de aplicación. Igualmente, habría convenido aclarar las relaciones jurídicas del mismo grupo empresarial cuando no estemos en supuestos de poder adjudicador.

Sorprende muy especialmente la regulación del pago directo a subcontratista, cuando la solución, más garantista, ya venía dada por el artículo 15876 del Código Civil. La remisión de esta opción al pliego es una limitación que no beneficia al subcontratista, y que plantea problemas de alineamiento con las técnicas directamente aplicables del derecho civil (que queda desplazado por la LPCSE).

Por otra parte, la introducción de vicios de invalidez de derecho administrativo no encaja bien con las relaciones jurídicas privadas en estos contratos, máxime cuando esta LPCSE no se aplica a Administraciones públicas. Más preocupante es la decisión de considerar al recurso especial como potestativo (por la inercia con la LCSP), lo que abre un peligroso portillo a la dualidad jurisdiccional (civil-contencioso-administrativa) que casa mal con la necesaria seguridad jurídica en estos sectores tan estratégicos⁵¹.

Asimismo, la regulación del arbitraje, de por sí positiva, ha ampliado la competencia de los órganos de recursos contractuales, que en estos casos, cuando no se haya previsto nada en el pliego, actuarán con funciones arbitrales (lo que puede generar cierta confusión procedimental).

Quizá estas debilidades puedan ser objeto de corrección en la tramitación como ley del texto del Real Decreto-ley ya convalidado. Tramitación que puede servir también para una mejora técnica de la propia LCSP no solo para “cerrar” el tema de los contratos menores (y la simplificación de los procedimientos), sino para depurar conceptualmente cuándo un negocio o una relación jurídica tiene consideración de contrato público (o no). También se debe aclarar el ámbito del recurso especial para evitar problemas interpretativos sobre su alcance y preservar el “efecto útil” del derecho europeo, así como mejorar el sistema de gobernanza de contratación pública (la OIRES-CON debe rediseñarse desde la óptica de autoridad independiente)⁵².

51. Sobre esta cuestión, por todos, me remito a la explicación de esta problemática de P. VALCÁRCEL y R. ACEVEDO, “La problemática cuestión de la competencia del orden contencioso en relación con los contratos de compra pública precomercial”, en *Las nuevas directivas de contratación pública (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Civitas, 2015, pp. 265-278.

52. Me remito a mi opinión en obcp.es: “Carta abierta a los partidos políticos” (noviembre de 2019).

Añado una última reflexión tras estos tiempos de pandemia. La experiencia de esta crisis por la COVID-19 en el modelo de compras públicas obliga a repensar soluciones jurídicas que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes⁵³. Para ello hay que avanzar hacia la incorporación efectiva de las nuevas tecnologías –como los modelos *blockchain*⁵⁴, que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial. La situación actual exige más y mejor transparencia a través de los medios electrónicos⁵⁵ y de la utilización del *big data*⁵⁶. Y nuevas fórmulas de colaboración pública-privada propia de las exigencias de un Estado garante (frente a la vieja concepción del Estado prestacional)⁵⁷.

Las exigencias de calidad en las prestaciones públicas a través de la contratación aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor, de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario, al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles⁵⁸.

53. Hay que conseguir el equilibrio de la regulación y la eficacia, evitando la sobre-reglamentación (cuestión en la que insisten, por ejemplo, J. BAÑO LEÓN, “La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobre-regulación?”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 11-19, y J. TEJEDOR BIELSA, *La contratación pública en España: ¿sobre-regulación o estrategia?*, Civitas, Cizur Menor, 2018). Cuestión no sencilla, dado que la regulación incluye aspectos de preparación, adjudicación, ejecución y control administrativo y presupuestario.

54. Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M. Á. BERNAL BLAY. Puede consultarse su opinión en “Blockchain, Administración y contratación pública”, en www.obcp.es. Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de J. VALERO en “Inteligencia Artificial y contratación del sector público”, en www.obcp.es.

55. Por todos, I. MARTÍN y J. A. MORENO (dirs.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020, que analiza en profundidad el marco normativo regulador –europeo y nacional– de la contratación pública, identificando las carencias existentes y planteando posibles soluciones prácticas para avanzar hacia una contratación pública auténticamente innovadora, electrónica y transparente.

56. P. VALCÁRCEL, “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del ‘big data’”, *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, 2019, pp. 124-125.

57. J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*, Innapp Investiga, Madrid, 2015. Sobre esta visión en la contratación pública me remito a F. CAAMAÑO, J. M.^a GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit, Barcelona, 2017.

58. Como indica M. Porter, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de

En definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública (también en los sectores especiales): responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública y regulada estratégica y proactiva (y no meramente reactiva), que ponga en valor la calidad de la prestación. La postcrisis es la oportunidad para impulsar este modelo.

“outcomes” y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato. M. PORTER (junto con T. H. LEE) publica un interesante artículo en el número de octubre de 2013 de la *Harvard Business Review* (“The strategy that will fix health Care, HBR, octubre 2013, pp. 50-69), donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta iniciada en su libro (con E. TEISBERG) *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.

La acción social municipal en la gestión de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 y en el proceso de salida de la crisis sanitaria y social¹

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
*Profesora contratada doctora (titular acreditada) de
Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid*

1. El impacto de la crisis sanitaria producida por la COVID-19: de la crisis sanitaria a la crisis social
2. Las competencias municipales para la prestación de servicios sociales
3. La relación competencias autonómicas/competencias locales en la prestación de los servicios sociales
4. Los servicios sociales municipales en la crisis de la COVID-19: ayudas y medidas extraordinarias
5. Propuestas finales: reordenar las competencias locales y habilitar espacios de codecisión en el proceso de salida de la crisis y más allá
6. Bibliografía

Resumen

La crisis sanitaria y social provocada por la COVID-19 ha puesto de manifiesto que los ayuntamientos españoles, aun sin contar ni con competencias ni con recursos económicos suficientes, constituyen el sujeto público que, en primer lugar, atiende y da cobertura a las demandas y necesidades intensas y variadas de los vecinos y colectivos en riesgo de exclusión social. Todo ello

Artículo recibido el 08/06/2020; aceptado el 26/06/2020.

1. Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto I+D del Plan Nacional de Retos de 2016: “Aging Cities” (Ciudades envejecidas) (DER2016-75987-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, dirigido por José María Rodríguez de Santiago y Silvia Díez Sastre; así como en el Proyecto LoGov (*Local Government and the Changing Urban-Rural Interplay*), de la convocatoria Horizon 2020, Marie Skłodowska-Curie Action, European Commission, Number 823961.

invita a realizar una reflexión sobre el fortalecimiento de la autonomía y las competencias locales y a una reflexión más general sobre el papel que debe jugar el municipio (sobre todo, las ciudades) en los nuevos planteamientos relativos a la intervención pública sobre la sociedad.

Palabras clave: *servicios sociales municipales; competencias municipales; autonomía local; COVID-19; financiación local.*

Municipal social action in the management of the health emergency produced by the COVID-19 and in the process of emerging from the health and social crisis

Abstract

The health and social crisis caused by the COVID-19 has shown that the Spanish municipalities, even without competences or sufficient financial resources, constitute the key actor for attending and covering the demands and needs of neighbors and groups at risk of social exclusion. This emphasizes the need for strengthening the autonomy and the level of competences of municipalities and the importance of a deeper study on the role to be played by municipalities (particularly the cities) in new approaches to public intervention in society.

Keywords: municipal social services; municipal competences; local autonomy; COVID-19; local financing.

1

El impacto de la crisis sanitaria producida por la COVID-19: de la crisis sanitaria a la crisis social

Para los servicios sociales municipales, el impacto que supone la crisis sanitaria producida por la COVID-19 implica que, en realidad, “el día después” ya ha llegado. A estas alturas, ya nadie puede dudar de que la crisis sanitaria ha dado paso a una crisis económica y social, que se está agravando por momentos². Aunque no es ni mucho menos lo único, lo hemos visto, de forma

2. A finales de 2019 se publicó el “Noveno Informe El Estado de la Pobreza” (conocido como Informe Arope, EAPN España, 2019), sobre los indicadores de riesgo de pobreza y exclusión social que anualmente publica la Red Europea de Lucha Contra la Pobreza y la

gráficamente impactante, con las largas colas de ciudadanos ante distintas instituciones (públicas o privadas) esperando recibir una bolsa de comida.

Y tampoco cabe ya la menor duda de que esta crisis social ha venido para quedarse, al menos, a corto y medio plazo (y veremos por cuánto tiempo). Y ahí los ayuntamientos tienen y tendrán mucho que hacer: en la prestación de una demanda creciente de servicios sociales y en el impulso de proyectos, medidas que inciden en lo social.

Durante la gestión de la propia crisis sanitaria, el Ayuntamiento ha sido, en expresión generalizada, el primer dique de contención de la pandemia desde el punto de vista social. Y, en concreto, dentro de la Administración municipal, este dique de contención lo constituyen los servicios sociales municipales, que han resultado fundamentales para la ciudadanía y están actuando, igual que han hecho los sanitarios, por encima de sus capacidades³.

La razón por la que esto sucede resulta evidente: el municipio es la primera línea de contacto del ciudadano con la Administración, por proximidad

Exclusión Social (EAPN-AS). En dicho Informe, recogiendo datos del año 2018, se concluye que en España se encuentran 12 188 288 personas en situación de riesgo de pobreza y/o exclusión social, lo que representa a un 26,1 % de población (ver el Informe en <https://www.eapn.es/estadodepobreza/descar-gas.php>). Sobre este Informe y el impacto en España de la COVID ver PRESNO LINERA, M. A., “Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, p. 61, para el que, viendo cómo está ahora la situación sanitaria, laboral, económica y social en España, resulta evidente que estamos abocados a un incremento devastador de las tres dimensiones recogidas por el indicador: la económica, medida con el umbral de riesgo de pobreza; el empleo, a través del indicador de baja intensidad de trabajo por hogar (BITH), y la condición material de vida a través de la medida de privación material severa (PMS).

Por otro lado, como ejemplo del impacto económico de la pandemia en una ciudad como Madrid, ver el “Estudio del impacto de la situación de confinamiento en la población de la ciudad de Madrid tras la declaración del estado de alarma por la pandemia COVID-19”, elaborado por el Ayuntamiento de Madrid, en mayo de 2020 (<https://www.madrid.es/Unidades-Descentralizadas/ServSocialesYAtencionDependencia/InnovaEstratSocial/Publicaciones/Ficheros/ENCUESTACOID-19InformeGeneral.pdf>). Según este informe, el 13 % de las personas que viven en Madrid dice que necesitará ayudas públicas para sobrevivir a la crisis, con un porcentaje mucho mayor (20.9 %) en el caso de los hogares monoparentales con uno o más hijos. Y un 63,8 % prevé una reducción de sus ingresos en los próximos meses.

3. La Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP, en adelante), en su Declaración de 20 de abril (“Los Gobiernos locales jugarán un papel central en la desescalada y la reconstrucción social y económica”, <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/los-gobiernos-locales-jugaran-un-papel-central-en-la-desescalada-y-la>), afirma que, durante el tiempo de la pandemia, ayuntamientos, diputaciones, cabildos y consells han estado “en la primera línea de lucha contra el coronavirus”, dando apoyo al desarrollo sanitario, al confinamiento de la población, a la limpieza y desinfección de los espacios, y proporcionando alternativas de confinamiento a posibles positivos. Han plantado, asimismo, la actuación local en el ámbito social en esta etapa, desde actuaciones sobre impuestos hasta la asistencia a personas con necesidades de acompañamiento, a niños, comedores o violencia de género, entre otras líneas; y han manifestado también la “posición activa” atendiendo a lo que demanden “47 millones de personas”.

y accesibilidad; incluso cuando se trata de prestaciones o competencias que no son propiamente municipales⁴, los ciudadanos canalizan sus demandas a través de los ayuntamientos en primer lugar.

En estas circunstancias, la legislación ordinaria establece canales de actuación excepcionales. En la LBRL, el art. 21.1.m habilita al alcalde a “adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno”. En los municipios de gran población (Título X LBRL) también corresponde al alcalde “adoptar las medidas necesarias y adecuadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dando cuenta inmediata al Pleno” (art. 124.4.h). La comparación de ambos preceptos nos da alguna diferencia: primero, desaparece la expresión “personalmente, y bajo su responsabilidad” (que solo se incluye en el art. 21.1.m LBRL); y, en segundo lugar, no se utilizan las mismas expresiones para definir las situaciones en las que se podrán tomar estas medidas “necesarias y adecuadas”: “catástrofe o infortunios públicos”, en el art. 21.1.m LBRL, frente a “extraordinaria y urgente necesidad”, para los grandes municipios (art. 124.4.h LBRL).

Junto a lo anterior, ya en la normativa del estado de alarma, el art. 6 RDEA (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19) establece que corresponde a los ayuntamientos la “gestión ordinaria de sus servicios”. Junto a lo anterior, la disposición final primera establece la “ratificación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones públicas”, estableciendo que quedan ratificadas todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este Real Decreto.

Por su parte, el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población, califica como servicios esenciales (en lo que aquí

4. Así, como ejemplo, la ayuda de comida a domicilio: en principio, corresponde a Protección Civil, pero, ante la demanda ciudadana, ha tenido que ser asumida por los ayuntamientos. Ello ha sido posible por tratarse de responder a una “necesidad básica”, pues esto permite a la Intervención municipal autorizar el gasto. Tiene cobertura en el Decreto de Alarma estatal, en la Ley de Servicios Sociales autonómica y en decretar, por el ayuntamiento, “la situación/estado de necesidad”, en el marco de las facultades extraordinarias que les atribuye la LBRL y que se exponen a continuación.

interesa y que afecta a la actuación social de las entidades locales): ayuda a domicilio, teleasistencia, violencia de género, servicios sociales (atención ciudadana y población vulnerable) y, relacionado con lo anterior, atención ciudadana (telefónica y telemática)⁵.

Pero hay que tener en cuenta que, tras el estado de alarma, en la vuelta a la denominada “nueva normalidad”, tras superar las primeras fases de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, las Administraciones locales van a seguir siendo ese dique de contención, como ya está sucediendo, para hacer frente a la crisis social y económica que está golpeando a la sociedad española. Esta situación, y su desarrollo en los próximos meses, va a tensionar significativamente la capacidad de la Administración local para atender las necesidades de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta que la demanda de servicios sociales a los municipios está siendo y será cada vez mayor y creciente (tanto en número de demandantes como en servicios/prestaciones demandadas, las antiguas más unas nuevas) y se va a producir en una coyuntura de escasez, parece razonable que a los municipios, que están en estos momentos en la primera línea del frente en la lucha de la crisis sanitaria y social, se les reconozca un papel protagonista también en la salida de esta crisis y en la atención de las demandas sociales que vengan en el futuro⁶.

Por todo esto, parece que alguna parte de nuestra atención, como juristas, se debe centrar en estos momentos en analizar y, quizá, clarificar el régimen de competencias municipales en el ámbito local, una vez más. El contexto lo exige, para concluir si el modelo vigente es adecuado para hacer frente a la situación que vivimos y que se avecina. Y ese modelo viene normativamente determinado por la regulación contenida en la LBRL que se expone a continuación.

5. Especialmente: servicios sociales y atención domiciliaria (450 000 personas, además de 100 000 que dejan de tener asistencia en centros de día), residencias de mayores y centros sociosanitarios, personas sin hogar, mayores en situación de soledad, violencia de género, venta ambulante en la España vaciada. Todo ello según la Declaración institucional de la FEMP de 2 de abril de 2020 (“Queremos participar de la construcción de este nuevo futuro”), http://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/np-declaracion_institucional_femp_COVID-19_1.pdf

6. Así se pone de manifiesto en la Declaración de la FEMP de 2 de abril de 2020 (“Queremos participar de la construcción de este nuevo futuro”), http://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/np-declaracion_institucional_femp_COVID-19_1.pdf, en la que, tras recordar que las entidades locales son la Administración más próxima a la ciudadanía, la primera puerta de acceso a las peticiones de vecinos y vecinas, y las que administran y ejecutan la mayoría de las decisiones tomadas por otras Administraciones, además, se señala que, en estos momentos, más que nunca, “es necesaria una total coordinación, desde la complicidad y la lealtad institucionales. Necesitamos, por ello, disponer de instrumentos efectivos para dar respuesta a todas las situaciones que está generando esta crisis”.

2

Las competencias municipales para la prestación de servicios sociales

La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) llevada a cabo por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local 27/2013 (LRSAL) alteró notablemente, al menos sobre el papel y de inicio, el esquema competencial en materia de servicios sociales en la relación entre comunidades autónomas y entidades locales, y generó, en el momento de su aprobación, importantes conflictos normativos entre diversos bloques de normas, además de hacer correr ríos de tinta entre la doctrina⁷, culminando con los correspondientes pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional, con anulación de normas incluida⁸.

El resultado de esta reforma se puede expresar, de manera muy escueta, en afirmar que el legislador estatal procedía a (intentar, al menos) reducir el papel de las entidades locales en la prestación de servicios sociales⁹, con la finalidad de evitar los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones existentes en aquel momento (según confiesa expresamente la Exposición de Motivos de la propia Ley), en aras de los principios de eficacia

7. Sobre esta cuestión, por todos, FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local. Nuevos planteamientos sobre la ciudad y la contratación pública”, en L. TOLLIVAR ALAS y M. CUETO PÉREZ (dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 21-45; ARIAS MARTÍNEZ, M.^a A., “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014), pp. 373-410; ALMEIDA CERREDA, M., “El incierto futuro de los servicios sociales municipales”, *Anuario de Derecho Municipal*, 2013, IDL-UAM, 2014, pp. 93-120; SALVADOR CRESPO, M., “Los servicios sociales como paradigma de los cambios operados en el sistema competencial al amparo de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, en J. TUDELA y M. KÖLLING (coords.), *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: el caso español*, 2015, pp. 105-145; JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Quién prestará los servicios sociales el 1 de enero de 2016?”, 2016 (<http://rafaeljimenezasensio.com/2015/11/08/quien-prestara-los-servicios-sociales-el-1-de-enero-de-2016/>); TOSCANO GIL, F., “El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, 2014, pp. 285-320.

8. Por todas, STC 41/2016.

9. FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local...”, *op. cit.*, pp. 23-24, para el que la aprobación de la LRSAL altera profundamente la atribución competencial a los municipios, especialmente en relación con las competencias fundamentales propias de los municipios en el ámbito material de atención social y en atención sanitaria, al punto que esas profundas intervenciones pueden ser calificadas de “mutación constitucional” (FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, pp. 11-45).

de la actuación administrativa, eficiencia en el uso de los recursos públicos y estabilidad presupuestaria y control del gasto público.

En relación con las llamadas “competencias propias” municipales, con respecto a la anterior redacción del art. 25.2 LBRL, la vigente supone algunas reducciones que, en lo que aquí interesa, afectan a los servicios sociales, que se limitan a “evaluación e información” y “atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social” (art. 25.2.e LBRL).

En todo caso, como ya es bien sabido, la supresión o reducción de ciertas materias del listado del art. 25.2 LBRL significa que la LBRL ya no obliga a las leyes estatales o autonómicas a atribuir estas competencias a los municipios. Lo que supone es que se han reducido los ámbitos o las materias, incluidos los servicios sociales, en los que necesariamente deben atribuirse competencias a los municipios. Esta previsión del legislador estatal básico no obliga a las comunidades autónomas, pero estas sí que pueden proceder a hacer efectivas estas reducciones o supresiones competenciales, aunque también puede optar el legislador autonómico por mantener o, incluso, aumentar las competencias municipales, estén o no en el listado del art. 25.2 LBRL¹⁰. Así, por tanto, la reducción de la competencia municipal sobre los “servicios sociales” del art. 25.2 LBRL no afectó a la legislación autonómica sobre servicios sociales, que, tradicionalmente, ha atribuido importantes competencias a los municipios en este ámbito (más amplias que la previsión contenida en el actual art. 25.2.e LBRL)¹¹.

10. VELASCO CABALLERO, F., “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, núm. 10, IDL-UAM, Marcial Pons, 2017, p. 42. Para ZAFRA VÍCTOR, M., “Doble inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Autonomía Local”, ¿Un nuevo modelo de gobierno local? municipios, diputaciones y Estado autonómico, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, p. 26, entenderlo de otro modo supondría que el Estado (como legislador básico) pasa de ser el protector y garante de la autonomía local frente a las comunidades autónomas a guardián y supervisor para que los legisladores autonómicos no mejoren ni amplíen las competencias autonómicas. CIDONCHA MARTÍN, A., “La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 45, 2017, p. 59, recoge doctrina que defiende que el listado del art. 25.2 supone un *numerus clausus*, no ampliable por el Estado y las comunidades autónomas. Ver también ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, 2014, p. 336. Esta cuestión ha quedado zanjada, en el sentido aquí expuesto, por la jurisprudencia constitucional; así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006.

11. Para ARIAS MARTÍNEZ, M.^a A., “Las competencias locales en materia de servicios sociales...”, *op. cit.*, pp. 402-403, con la excepción de esta concreta y acotada materia, en la que el legislador sectorial deberá asignar a los municipios competencias propias, la delegación será la única vía que permitirá a los municipios recuperar el ejercicio de competencias que pudiesen venir desempeñando en dicho ámbito. Esto implica que el municipio ejercerá la competencia con sujeción a los términos previstos en el art. 27 LBRL, esto es, bajo la dirección y el control de la Administración titular de la misma. Esto supone una merma de la autonomía local desde el punto de vista competencial, puesto que, por una parte, reduce el

Respecto a los servicios mínimos obligatorios del art. 26 LBRL, aunque la actual redacción de la LBRL no ha alterado esta categoría tradicional, sí que realiza algunas supresiones, al eliminar o reducir alguno de los servicios municipales obligatorios. Entre estas supresiones, la contenida en el art. 26.1.c LBRL: en municipios de más de 20 000 habitantes, la obligación de “prestación de servicios sociales” pasa a ser la obligación de “evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación de riesgo de exclusión social”. Por tanto, la intervención municipal obligatoria ya no es propiamente prestacional, sino de simple identificación de situaciones de necesaria asistencia. Esta reducción no supone necesariamente que los municipios dejen de prestar estos servicios, ya que las leyes sectoriales del Estado y, sobre todo, las leyes sectoriales de las comunidades autónomas pueden mantener como servicios públicos municipales obligatorios algunas de estas materias suprimidas por el art. 26¹². Además de este listado de servicios municipales obligatorios, es posible que la legislación autonómica module, incremente o amplíe estos ámbitos de servicios mínimos¹³.

Por último, se suprime el art. 28 LBRL, que preveía unas actividades complementarias a las propias que podían desarrollar los municipios, en virtud de las cuales se habían creado y están funcionando muchos servicios sociales, decididos libremente por los municipios para atender a las exigencias y a las necesidades de la población¹⁴. La razón de esta derogación reside en que

ámbito material de obligada atribución competencial a los entes municipales de conformidad con el actual art. 25.2 de la LBRL, y, además, parece fomentar la delegación competencial con el fin de posibilitar que los entes municipales puedan volver a gestionar dichas actividades. El Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016), haciendo uso de su posición tradicional de la garantía institucional de la autonomía local, señala que se afecta a la autonomía local suprimiendo o disminuyendo el ámbito de competencias propias, y que se incide en la autonomía local, pero precisa que a los municipios no se les vulnera la autonomía local, porque no se les quitan todas las competencias posibles. Un análisis de esta jurisprudencia, por todos, en FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local...”, *op. cit.*, p. 25; VELASCO CABALLERO, F., “Juicio constitucional sobre la LRSAL...”, *op. cit.*; y CIDONCHA MARTÍN, A., “La garantía constitucional de la autonomía local...”, *op. cit.*

12. VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, núm. 6, IDL-UAM, Marcial Pons, 2013, p. 39.

13. RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, 7.^a edición, Thomson-Civitas, 2014, p. 226; y ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, *Justicia Administrativa*, núm. especial, 2000, p. 48. ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, *op. cit.*, p. 336, sostiene que, más que hacia un repliegue competencial, salvo para las materias en las que así se dispone expresamente porque se transfieren directamente a las comunidades autónomas (disposiciones transitorias primera, segunda y tercera), la reforma va encaminada hacia una reformulación de las competencias locales en términos de sostenibilidad y eficiencia económica.

14. FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local...”, *op. cit.*, p. 24.

se parte de la premisa de que las competencias complementarias del art. 28 LBRL serían las causantes de la existencia de duplicidades funcionales.

Pero, al tiempo que se derogan las competencias complementarias, en el actual art. 7.4 LBRL se recogen las denominadas competencias “distintas de las propias”, que implican la existencia de unos títulos competenciales genéricos o abiertos que dan cobertura legal a actividades municipales, a necesidades de cada comunidad local y a los intereses locales peculiares de cada entidad. De esta forma, se da cobertura a un amplio elenco de actividades municipales que carecen de cobertura competencial específica en leyes sectoriales, y es fácil intuir que las competencias impropias incluyen o pueden incluir las mismas actividades que antes tenían acomodo en el antiguo art. 28 LBRL¹⁵.

La posibilidad de que existan estas competencias impropias se recoge en el art. 7.4 LBRL, conforme al cual las entidades locales pueden ejercer “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación” solo “cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública”. Y, para su configuración, establece que son “necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias”¹⁶.

15. Ejemplos de estas competencias son: cooperación al desarrollo, escuelas infantiles entre cero y tres años, integración de inmigrantes, atención a drogodependientes, atención a las mujeres, etc. (VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales...”, *op. cit.*, p. 42; y FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local...”, *op. cit.*, p. 24). En realidad, son pocas las actividades que habían encontrado apoyo únicamente en las competencias complementarias del antiguo art. 28 LBRL, que resulta escasamente invocado, en exclusiva ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La actividad municipal casi siempre encuentra cobertura competencial en los servicios obligatorios del art. 26.1 LBRL; en las competencias directamente asignadas por leyes sectoriales estatales o autonómicas; o en el listado de materias “de interés local” del art. 25.2 LBRL. PRIETO ROMERO, C., “Las competencias municipales. Las competencias impropias y los servicios duplicados en la ciudad de Madrid”, *Anuario de Derecho Municipal 2011*, núm. 9, IDL-UAM, Marcial Pons, 2012, p. 102; VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias...”, *op. cit.*, p. 42.

16. El Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, FJ 11) considera legítimo que el Estado, para configurar estas competencias, imponga determinados requisitos previos, condicionantes del ejercicio de la competencia, en el art. 7.4 LBRL. En concreto, en relación con el control *ex ante*, que se concreta en el informe vinculante supra-municipal de sostenibilidad y de no duplicidad, el Tribunal Constitucional exige que debe regularse y ejercerse con participación relevante del municipio. Para el Tribunal, se trataría

En cuanto a las competencias delegadas, la actual redacción de la LBRL cambia el sentido y la sustancia de la configuración clásica de las competencias municipales delegadas. En la anterior redacción del art. 27 LBRL, las competencias delegadas eran una forma de ampliación del poder local en materias donde, además del interés autonómico o estatal, también existe un interés local relevante, sus “intereses propios” (“siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana”). Se trata de materias en las que el municipio pueda actuar con eficacia y proximidad a los ciudadanos, en coherencia con lo previsto en el art. 4.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, que hace referencia a “materias que afecten a sus intereses propios” (municipales), siempre que con ello “se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana”.

El actual art. 27 LBRL constituye, más bien, un instrumento de reducción de costes en la gestión de competencias autonómicas y estatales, una gestión eficiente de competencias supramunicipales. Ya no se hace referencia a la mejora de la eficacia o a la participación ciudadana. El objetivo es conseguir una gestión eficiente de competencias supramunicipales: “evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servi-

de técnicas para la delimitación de competencias locales, no de instrumentos que permitan a una Administración supralocal interferir en el desarrollo autónomo de las competencias locales. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 1017/2017 (FJ 3) sostiene que “no son técnicamente controles administrativos”, y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2015 (FJ 7) también sostuvo que un instrumento similar no era una técnica de control, sino un mecanismo dirigido a la acomodación o integración entre dos competencias concurrentes, la autonómica y la municipal. Además, afirma que este control *ex ante* no puede confundirse con una supervisión o dirección “sobre el ejercicio”, que ha de desarrollarse en autonomía. El art. 7.4, en sí mismo considerado, limita, pero no necesariamente vulnera la autonomía local. Serán las Administraciones públicas, en su caso, las que podrían llegar a incurrir en la vulneración denunciada si impedirían efectivamente, en casos concretos, una intervención local relevante en ámbitos de interés local exclusivo o predominante. De producirse esa vulneración, el control de esta decisión supramunicipal correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte, para la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2017, es posible que, atendiendo a intereses de alcance supralocal, las leyes puedan conferir a instancias políticas supramunicipales mecanismos de intervención que limiten la autonomía municipal, pero “deben especificar y determinar suficientemente el contenido y alcance de esas atribuciones” (FJ 3). Pero –continúa el Tribunal– el art. 7.4 LBRL prevé una intervención que restringe la autonomía local porque “algunos aspectos de aquella intervención restrictiva han quedado normativamente indefinidos”. No obstante esta contundente afirmación, el Tribunal acaba concluyendo que el precepto no incumple la exigencia de predeterminación normativa y justifica esta incompleta regulación en que el legislador básico no podría regular más detalladamente esta cuestión porque, de haberlo hecho, podría suponer una invasión de la competencia autonómica. Ver este análisis en CIDONCHA MARTÍN, A., “La garantía constitucional de la autonomía local...”, *op. cit.*, 2017, p. 71.

cio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos” (art. 27.3 LBRL)¹⁷.

Esta configuración implica que, en realidad, el ayuntamiento que recibe la competencia supramunicipal actúa bajo responsabilidad, dirección y control de otra Administración pública. En general, vendría a ser como una “forma de gestión indirecta” de competencias autonómicas (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, FJ 11). La Administración delegante “dirige y controla” a la Administración delegada (municipal): los actos del municipio podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante (art. 27.4 LBRL) y, a través de este recurso administrativo, puede revocar las resoluciones del ayuntamiento delegado. Incluso puede dictar “instrucciones técnicas de carácter general” y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal. En caso de incumplimiento de directrices, denegación de información o inobservancia de requisitos formulados, podrá renovarse la delegación o procederse a la ejecución de la competencia por la Administración delegante en sustitución del municipio (art. 27.4 LBRL)¹⁸.

Además, no resulta tan claro que el régimen jurídico sea favorable a la generalización de la delegación; al contrario, puede resultar marginal¹⁹. En primer lugar, porque se prevé un intenso control que ejerce la Administración delegante sobre la delegada, lo que no facilita la eventual aceptación de la competencia delegada. Lo mismo se puede decir en relación con la financiación, porque se establece que la delegación es nula en caso de no existir una “dotación presupuestaria adecuada y suficiente” en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico (art. 27.6 LBRL). Además, es un sistema más rígido y limitado, en la medida en que la anterior redacción de la LBRL contemplaba tanto la delegación convencional como la delegación imperativa, por ley. El actual art. 27.5 LBRL solo prevé la delega-

17. En esta misma línea, con términos muy parecidos, el art. 27.1 dice, literalmente: “la delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

18. El Tribunal Constitucional ha entendido que, en la medida en que estas competencias delegadas deben ser aceptadas por los ayuntamientos, difícilmente pueden infringir la garantía constitucional de la autonomía local. Interpreta que las competencias delegadas previstas en el art. 27 LBRL son cualitativamente distintas de las originalmente reguladas en la misma Ley (supuestos de desconcentración, por los que el municipio ampliaba su ámbito funcional). En cambio, en el nuevo art. 27 LBRL –señala el Tribunal Constitucional–, las delegaciones son una forma “de gestión indirecta de competencias autonómicas” (Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, FJ 11).

19. VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales...”, *op. cit.*, p. 46.

ción pactada: “la efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el municipio interesado”.

Por último, además de lo anterior, también afectan a los servicios sociales las previsiones contenidas en la disposición transitoria segunda de la LRSAL, que, bajo el título “asunción por las comunidades autónomas de las competencias relativas a servicios sociales”, llevaba a cabo un traslado competencial directo en favor de las comunidades autónomas de competencias habitualmente desplegadas en el nivel municipal, porque así venía decidido o permitido por las comunidades autónomas o por el Estado (regulación *ex art. 149.1.18 CE* de servicios mínimos y habilitaciones directas). Esta disposición fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016 (FJ 13), por tratarse de competencias autonómicas indisponibles para el legislador básico estatal, que no puede imponer la asunción por las comunidades autónomas de las actividades municipales sobre servicios sociales e impedir, de esta forma, que las comunidades autónomas puedan optar, en materias de su competencia, por descentralizar determinados servicios en las entidades locales.

3

La relación competencias autonómicas/competencias locales en la prestación de los servicios sociales

En la práctica, el resultado del modelo competencial diseñado en la LBRL y en la legislación autonómica es que la actividad administrativa del municipio en materia de servicios sociales se parece más a la de una Administración indirecta de la comunidad autónoma, gestionando competencias delegadas o encomendadas, que a la actividad desarrollada por una entidad dotada constitucionalmente de autonomía en ejercicio de competencias propias. En efecto, las leyes autonómicas sobre servicios sociales –y, en algún caso, el legislador estatutario [*cf.* art. 84.2 m) EAC]– son las que han transferido a los municipios competencias en principio correspondientes a la comunidad autónoma y, al hacerlo, han alterado sustancialmente la posición que hasta ese momento venían desempeñando las entidades locales, tanto los municipios como las provincias. Al definir las comunidades autónomas sus sistemas públicos de servicios sociales como redes de agentes prestadores de servicios, los municipios y provincias han pasado a integrarse en un marco organizativo y de gestión cuya ordenación corresponde a aquellas y les resulta, por tanto, ajena. Y ello ha dado lugar a que las competencias en cuyo ejercicio se cifra la autonomía de los entes locales hayan quedado sensiblemente reducidas, si no

desde el punto de vista de la parte de la materia cuya gestión les corresponde, sí en todo caso desde la perspectiva de la calidad de las competencias que tienen efectivamente atribuidas²⁰. En todo caso, estas afirmaciones hay que entenderlas hechas en términos generales, porque, claro está, hay importantes matices que tienen en cuenta la dimensión del tamaño del municipio y su capacidad de prestación de servicios sociales²¹.

Las competencias transferidas a los municipios por el legislador autonómico en materia de servicios sociales son relativamente poco extensas desde el punto de vista de los concretos intereses públicos a cuya tutela sirve su ejercicio, y, sobre todo, de reducida intensidad a la vista de las concretas funciones o potestades en las que se concretan²². Por un lado, a los entes locales se atribuye con carácter general la prestación de servicios básicos o de atención primaria, entre los cuales destacan las actividades propias del profesional de referencia (información, orientación, asesoramiento, prevención, detección y diagnóstico de situaciones de necesidad) y dos servicios que se prestan dentro y fuera del Sistema de Atención y Ayuda a la Depen-

20. ARROYO JIMÉNEZ, L. y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “municipios y comunidades autónomas en la gestión del sistema de autonomía y atención a la dependencia”, en J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y S. DÍEZ SASTRE (coords.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, 2012, p. 81; y VELASCO CABALLERO, F., “Convenios administrativos en el sistema de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia”, en J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y S. DÍEZ SASTRE (coords.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, 2012, pp. 110-111.

21. El carácter heterogéneo de los municipios de la comunidad autónoma desde la perspectiva de su tamaño y capacidad prestacional es una circunstancia tomada en consideración por el legislador autonómico. Las leyes autonómicas contemplan por ello la posibilidad de que las competencias relativas a la prestación de los servicios citados sean ejercidas, bien por los propios municipios directamente, o bien a través de alguna fórmula de cooperación intermunicipal, así como la eventual intervención subsidiaria por parte de entidades locales supra-municipales, como la comarca o la provincia, o, incluso, de la propia comunidad autónoma, en caso de municipios de reducida capacidad prestacional. ARROYO JIMÉNEZ, L. y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Municipios y comunidades autónomas en la gestión del sistema de autonomía y atención a la dependencia”, *op. cit.*, pp. 80-81, con análisis y cita de normativa autonómica de las comunidades autónomas de Castilla-La Mancha, Cataluña y Madrid.

22. El carácter limitado de esas competencias que se reconocen a los municipios deriva de dos elementos. En primer lugar, porque unas veces se atribuyen de forma puramente compartida con la propia comunidad autónoma. Y, en segundo lugar, por los controles autonómicos a los que se ven sometidas (parámetros, controles e intervenciones autonómicas): catálogo de prestaciones; mapa de servicios (configurado por medio de “zonas” o “áreas básicas” de atención primaria); fijación de “criterios generales y modelos de intervención”; poderes de reglamentación de las prestaciones, poderes de control. En este sentido, VELASCO CABALLERO, F., “Convenios administrativos en el sistema de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia”, *op. cit.*, pp. 110-111. Estas ideas, también expuestas en ARROYO JIMÉNEZ, L. y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Municipios y comunidades autónomas en la gestión del sistema de autonomía y atención a la dependencia”, *op. cit.*, p. 80.

dencia (SAAD)²³, como son la ayuda a domicilio y la teleasistencia, mientras que la atención especializada permanece en manos de la Administración autonómica, sin perjuicio de que se pueda acordar, mediante convenio u otro instrumento de cooperación, la creación y el mantenimiento de algunos equipamientos propios de ese nivel de atención por parte de municipios concretos. Por otro lado, las funciones atribuidas en relación con la atención primaria se limitan a la gestión de los servicios correspondientes, esto es, a su organización y a la realización material de las prestaciones, mientras que su ordenación normativa y su planificación corresponden a la comunidad autónoma, que mantiene por ello numerosas técnicas de intervención y control sobre la actividad de los entes locales. De este modo, la comunidad autónoma se encuentra en condiciones de programar muy intensamente la actuación municipal en este ámbito²⁴.

Un nuevo ejemplo de prestación de carácter social en la que los municipios pueden desempeñar un papel de mero colaborador, pero sin capacidad de decisión, lo tenemos en el modelo que se está configurando para el reconocimiento por parte del Estado del Ingreso Mínimo Vital (aprobado por el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo). No es una medida propiamente vinculada a la crisis sanitaria de la COVID-19, pero, sin duda, la crisis social derivada de la misma le ha dado actualidad y ha hecho que entre en la agenda política para su implantación efectiva de forma inmediata y, así, ayudar a mitigar los efectos económicos derivados del coronavirus.

El ministro de Seguridad Social, en sus declaraciones públicas de abril y mayo de 2020, apuntaba ya que esta prestación sería gestionada por el Ministerio de Seguridad Social (que también diseña los requisitos, las condiciones y el procedimiento de otorgamiento de esta prestación), pero contando con la información y el seguimiento de los ayuntamientos, porque, por proximidad, son los que están en condiciones de ayudar (y, sobre todo, localizar) los casos de personas excluidas y vulnerables. Igualmente, indicaba que habría un

23. Los entes locales “participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, de acuerdo con la normativa de sus respectivas comunidades autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye” (art. 12 LADPAD: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

24. Así, en lo que atañe a las tareas propias de la gestión del SAAD ha de tenerse en cuenta, en primer término, que la regulación de los procedimientos administrativos de valoración y prescripción de los servicios correspondientes, incluyendo el modo en que intervienen en ellos los municipios, corresponde a la comunidad autónoma, así como, en segundo lugar, que la planificación y la reglamentación de las concretas prestaciones del sistema cuya realización corresponde a los municipios también permanecen en manos de la comunidad autónoma. ARROYO JIMÉNEZ, L. y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Municipios y comunidades autónomas en la gestión del sistema de autonomía y atención a la dependencia”, *op. cit.*, p. 80.

“Itinerario de inclusión”, para ayudar a estas personas a salir de su situación. Aquí también tienen un papel importante los ayuntamientos: de información y seguimiento, para colaborar con la Seguridad Social. En términos parecidos, ya en las comunidades autónomas existe una prestación o ayuda de renta mínima, con un modelo de gestión similar, en el que los ayuntamientos juegan un papel de colaboradores en hacer efectiva una prestación que no es propia, sino que es autonómica²⁵.

Aunque circuló un borrador del Decreto sobre el Ingreso Mínimo Vital que establecía que serían “las áreas de servicios sociales de los ayuntamientos” las encargadas de realizar las gestiones administrativas y evaluar los requisitos de los solicitantes, finalmente, el art. 22.1 del Real Decreto-ley 2020/20 establece que la competencia para el reconocimiento y el control de esta prestación económica de la Seguridad Social corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, cuando suscriban el oportuno convenio (en los términos previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, las comunidades autónomas y entidades locales puedan iniciar el expediente administrativo. Igualmente, en el marco de dicho convenio suscrito con el Instituto Nacional de Seguridad Social, podrá acordarse que, iniciado el expediente por la respectiva Administración, la posterior tramitación y gestión previa a la resolución del expediente se efectúe por la Administración que hubiere incoado el procedimiento (esto es, podría ser la

25. Así, como ejemplo, el caso de la Comunidad de Madrid y su Renta Mínima de Inserción, en la que la solicitud se presenta ante los servicios sociales municipales. La persona titular de la prestación económica asume el compromiso de suscribir un Programa Individual de Inserción, adaptado a sus circunstancias y necesidades, que facilite su inserción social y/o laboral. Es competencia municipal la elaboración y el seguimiento en los centros de servicios sociales con criterios técnicos y profesionales (<https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/renta-minima-insercion>). En Castilla-La Mancha, para el Ingreso Mínimo de Solidaridad, la persona interesada debe dirigirse a Servicios Sociales de Atención Primaria de su localidad de residencia, donde se les informa y asesora, aunque la solicitud se presenta en el Registro de las Direcciones Provinciales de Bienestar Social o en el Registro de los Servicios Centrales de la Consejería de Bienestar Social (<https://www.castillalamancha.es/gobierno/bienestarsocial/estructura/dgacocco/actuaciones/ingreso-m%C3%ADnimo-de-solidaridad>). En la Comunidad Valenciana, la Renta Valenciana de Inclusión puede ser solicitada a los servicios sociales municipales (<http://www.inclusio.gva.es/es/web/integracion-inclusion-social-cooperacion/renta-valenciana-de-inclusion-rvi>). Y como último ejemplo, por distinto, a la Renta Garantizada a la Ciudadanía de Cataluña se accede a través de un asistente virtual para comprobar si se es susceptible de poder tramitar esta prestación (https://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/pobresa_i_inclusio_social/renda_garantida_ciudadania/castellano/rentagarantizada/).

Sobre las rentas mínimas existentes ver <https://revista.seg-social.es/2020/05/27/un-vis-tazo-a-los-programas-de-rentas-minimas-que-funcionan-en-las-comunidades-autonomas/> (consulta realizada a fecha de 3 de junio de 2020).

Administración autonómica o la local, según lo que se establezca en el convenio correspondiente)²⁶.

Además, el Real Decreto-ley 20/2020 establece un mandato de cooperación administrativa en el ejercicio de las funciones de supervisión (art. 27) y estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital, mediante cooperación y colaboración para la inclusión social de las personas beneficiarias con otras Administraciones públicas (incluyendo las entidades locales, por supuesto), las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como con las entidades del Tercer Sector de Acción Social (art. 28). Con el fin de intensificar las relaciones de cooperación, mejorar la eficiencia de la gestión de la prestación no contributiva de Ingreso Mínimo Vital, así como facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, mediante la asistencia recíproca y el intercambio de información, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones o, en su caso, la Administración de la Seguridad Social podrán celebrar los oportunos convenios, o acuerdos, o cualquier otro instrumento de colaboración con otros órganos de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las comunidades autónomas y de las entidades locales (art. 29).

Sin perjuicio de estos mecanismos de colaboración, la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 20/2020 establece que “el Gobierno estudiará a partir de 2021 la celebración de convenios con comunidades autónomas que contemplen fórmulas de gestión de la prestación del Ingreso Mínimo Vital”. Esto es a salvo de lo previsto en la disposición adicional quinta del propio Real Decreto-ley 20/2020, que establece un régimen especial de aplicación en los territorios forales (País Vasco y Navarra), que, “en razón de la especificidad que supone la existencia de haciendas forales”, asumirán, en su ámbito territorial, las funciones y los servicios correspondientes que en este Real Decreto-ley se atribuyen al Instituto Nacional de la Seguridad Social²⁷.

En definitiva, estas previsiones apuntadas en el Real Decreto-ley 20/2020 dejan muchas incertidumbres y puertas abiertas sobre el modelo de gestión del Ingreso Mínimo Vital que se va a implantar, y cuál será el papel reservado

26. Para el caso de que el ejercicio de estas funciones se encargue a entidades locales, el art. 22.2 del Real Decreto-ley 20/2020 les exime de obtener los informes previos que establece el art. 7.4 LBRL respecto de las denominadas “competencias distintas a las propias”.

27. Y ello en los términos que se acuerden antes del 31 de octubre de 2020. En tanto no se produzca la asunción de estas funciones y servicios, “se acordará mediante convenio a suscribir entre los órganos competentes del Estado y de la comunidad autónoma interesada, una encomienda de gestión para realizar las actuaciones que se prevean en el mismo en relación con la prestación económica del Ingreso Mínimo Vital y que permitan la atención integral de sus beneficiarios en el País Vasco y Navarra” (disposición adicional quinta del propio Real Decreto-ley 20/2020).

a desempeñar por los ayuntamientos (con o sin intermediación o supervisión de las comunidades autónomas). Abel Caballero (presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias, FEMP), en declaraciones del 4 de junio de 2020²⁸, demanda que los ayuntamientos formen parte de la gestión del Ingreso Mínimo Vital, con “la acción directa”, sin intermediarios, y apela a la eficacia de las entidades locales por cercanía e inmediatez, porque son las que conocen quiénes pueden ser los destinatarios y las que están capacitadas para hacer un seguimiento adecuado.

Y, según las noticias publicadas en la prensa en los últimos días, en el borrador del convenio de colaboración entre el INSS y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), los ayuntamientos de más de 20 000 habitantes serán los que inicien el expediente administrativo de cada solicitante. El problema para los ayuntamientos, en especial para sus finanzas, reside en que, de momento, ni en el Real Decreto-ley 20/2020 ni en el borrador de convenio se incluye una partida destinada a que los entes locales puedan reforzar y ampliar sus plantillas de servicios sociales.

Aunque aún es muy pronto para sacar conclusiones y hacer valoraciones, quizá, en lo relativo al Ingreso Mínimo Vital, se está apuntando a la posibilidad de implantar un modelo de gestión con una relación directa Estado-municipios, sin la intermediación autonómica.

4

Los servicios sociales municipales en la crisis de la COVID-19: ayudas y medidas extraordinarias

La crisis de la COVID-19 ha obligado a multiplicar las decisiones públicas que intentan paliar sus efectos en todos los ámbitos –sanitario, social y económico– y en todos los niveles de Gobierno²⁹. Y el modelo competencial antes expuesto tiene un reflejo en las medidas y ayudas extraordinarias aprobadas durante la gestión de la crisis sanitaria de la COVID-19, al tiempo que pone de manifiesto el importante rol que siguen jugando los municipios en la prestación de los servicios sociales.

A la espera de ver cómo se articulan las ayudas que recibirá España del histórico Plan de Recuperación Europeo (de 750 000 millones de euros),

28. Ver <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/la-reconstruccion-en-cada-ciudad-va-estar-liderada-por-alcaldes-y-alcaldesas>.

29. NAVARRO, C., “Los ayuntamientos ante la crisis del COVID: innovación y resiliencia”, *BLOG IDL-UAM*, 20 de mayo de 2020.

aprobado el 27 de mayo de 2020, un ejemplo muy gráfico lo tenemos en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, que contiene un importante paquete de medidas para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales producidas por la crisis generada por el coronavirus: se crean unos fondos económicos extraordinarios cuyos destinatarios principales son los municipios (directamente o indirectamente, a través de las comunidades autónomas), para que estos puedan atender las excepcionales necesidades de carácter social que se generan en la grave crisis sanitaria que estamos viviendo.

En primer lugar, a través de la aplicación del Fondo de Contingencia y la concesión de un suplemento de crédito, se refuerza en 300 millones de euros el presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para financiar un Fondo Social Extraordinario para hacer frente a las consecuencias sociales de la COVID-19, mediante transferencias a las autoridades competentes de las comunidades autónomas, Ceuta y Melilla, para financiar las prestaciones básicas de los servicios sociales de las comunidades autónomas, diputaciones provinciales o corporaciones locales, que tengan por objeto exclusivamente hacer frente a situaciones extraordinarias derivadas de la COVID-19.

Junto a lo anterior, el art. 3 del Real Decreto-ley establece una financiación extraordinaria a los servicios sociales cuyas destinatarias son ya directamente las entidades locales (no vía indirecta, a través de las comunidades autónomas, como en el caso del art. 1).

Esta financiación no tiene por objeto atender las competencias municipales prestadas en relación con los servicios sociales en general³⁰, sino que acota el destino de esta ayuda extraordinaria, tanto si la reciben las comunidades autónomas (art. 1), como si las destinatarias son directamente las entidades locales (art. 3).

En lo que se refiere a la dotación extraordinaria de fondos a las comunidades autónomas, en lo que aquí interesa, tiene como destino que estas financien las prestaciones básicas de los servicios sociales de las propias comunidades autónomas, de las diputaciones provinciales y de las corporaciones locales, pero se refiere, exclusivamente, a las situaciones o necesidades extraordinarias derivadas de la COVID-19. Así, en concreto, y sin entrar al

30. Las competencias propias municipales, esto es, lo relativo a “evaluación e información” y “atención primaria” de los servicios sociales (art. 25.2.e LBRL), así como los servicios sociales obligatorios municipales (del art. 26 LBRL), las competencias delegadas o las competencias “distintas a las propias” (art. 7.4 LBRL) que el ayuntamiento estuviera prestando en el ámbito social.

detalle, esta cuantía tiene como objetivo garantizar la asistencia a domicilio y la teleasistencia de las personas dependientes, la atención a personas sin hogar, el refuerzo de plantilla de centros de servicios sociales, la adquisición de equipos de prevención, la dotación de las partidas destinadas a garantizar ingresos suficientes a las familias (cobertura de sus necesidades básicas), reforzar los servicios de respiro a personas cuidadoras, y las medidas de conciliación para familias con bajos ingresos, y, en general, “otras medidas que las comunidades autónomas, en colaboración con los Servicios Sociales de las entidades locales, consideren imprescindibles y urgentes para atender a personas especialmente vulnerables con motivo de esta crisis, y sean debidamente justificadas” (todo ello previsto, con más detalle, en el art. 1.2 del Real Decreto-ley 8/2020). Por tanto, la autoridad que decide qué se entiende por medidas “imprescindibles y urgentes” es la comunidad autónoma, si bien “en colaboración” con los servicios sociales de las entidades locales.

Y también se acota el destino de los fondos atribuibles a las corporaciones locales, ya que el art. 3 del Real Decreto-ley establece que estas disponen de una cantidad de igual cuantía (300 millones) del superávit del ejercicio 2019 para financiar gastos de inversión incluidos en la política de gasto 23 (“Servicios Sociales y promoción social”), recogida en el anexo I de la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales. Por su parte, en la Exposición de Motivos, apartado II, del propio Real Decreto-ley, se establece que el destino de estas ayudas es financiar “todas las prestaciones de servicios gestionadas por los servicios sociales de atención primaria y atención a la dependencia que vienen recogidas en el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 16 de enero de 2013, que recoge el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales”. Hay que insistir en que los ayuntamientos no se pueden gastar todo el superávit. Esta financiación alcanza al 20 % del superávit presupuestario de cada ayuntamiento correspondiente a 2019 (medido en los términos del art. 20 del Real Decreto-ley 11/2020), y con un límite máximo en conjunto (nacional) de 300 millones de euros, cumpliendo con la regla de gasto y otra serie de condiciones de estabilidad. Por otro lado, también hay que destacar que se mantiene el mismo régimen de autorización de las inversiones financieras sostenibles (IFS). Y, efectivamente, las que no superen los umbrales establecidos en la disposición adicional 16.^a TRLHL, no necesitan autorización previa de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local.

Hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria establece como norma general (art. 32) que el superávit hay que dedicarlo a la amortización de deuda. La única excepción a esta regla es la posibilidad

de realizar inversiones financieramente sostenibles (IFS), que son un tipo de inversiones que se supone que no generan gasto corriente. Este año excepcionalmente se han permitido también, junto con los gastos de inversión en la política de gasto 23 (“Servicios sociales y promoción social”), las prestaciones a las que hace referencia el art. 1.2 del Real Decreto-ley 8/2020. Es decir, no solo se permite hacer gastos de inversión en política social (como puede ser, por ejemplo, construir un centro social), sino también financiar las prestaciones básicas de los servicios sociales de las corporaciones locales (“todas las prestaciones de servicios gestionadas por los servicios sociales de atención primaria y atención a la dependencia”: como en personal, servicios, ayudas, etc.). Es de aplicación el régimen de autorización previa de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda previsto (disposición adicional 16.1 TRLHL) cuando se incurra en un gasto de inversión en el conjunto de grupos de programas citados en dicho precepto superior a 15 millones de euros –o al 40 % del gasto no financiero total de la entidad local respectiva– y suponga incremento de los capítulos 1 o 2 del estado de gastos vinculado a los proyectos de inversión. Se trata de una interpretación amplísima del concepto de inversión financieramente sostenible en un intento de facilitar que las entidades locales atiendan a sus vecinos más vulnerables³¹.

En definitiva, este segundo paquete de ayudas, las que tienen como destinatario directo a las entidades locales, comprende un destino que no es coincidente con el otro paquete de medidas, el que se dirige a las comunidades autónomas y es distribuido por ellas. Puede financiar, por tanto, prestaciones o servicios complementarios o no coincidentes.

El aumento de la capacidad de gasto permitida a las entidades locales, y los nuevos ingresos extraordinarios, están condicionados y vinculados a fines concretos. Aunque está muy predeterminada, resulta preciso clarificar si deja margen de decisión a los municipios para ampliar las ayudas a nuevas o diversas realidades, adaptándose a los concretos problemas y necesidades de sus vecinos a los que tienen que hacer frente.

En su Declaración de 20 de abril³², la FEMP, en relación con el uso de superávits y remanentes locales, recordó que la Federación trasladó al Gobierno un documento con 19 medidas relacionadas con el techo de gasto, y

31. Sobre esta cuestión, ver MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., “Las corporaciones locales podrán emplear su superávit en ayudas sociales”, *Blog IDL-UAM*, 1 de abril de 2020. <https://www.idluam.org/blog/las-corporaciones-locales-podran-emplear-su-superavit-en-ayudas-sociales/>

32. “Los Gobiernos locales jugarán un papel central en la desescalada y la reconstrucción social y económica”. <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/los-gobiernos-locales-jugaran-un-papel-central-en-la-desescalada-y-la>

con la importancia de utilizar en cada territorio los superávits y remanentes que se hayan generado en la desescalada y en la reconstrucción económica y social posterior. En palabras del presidente de la FEMP, los superávits (3830 millones de euros de 2019) “son nuestros y la utilización de nuestros recursos ha de realizarse en cada ciudad, municipio, provincia o isla, para la reconstrucción y la atención social y el bien común”. Es la reivindicación de que los superávits y remanentes se usen en cada territorio. Se subraya, igualmente, que todos los gastos que han hecho los ayuntamientos durante el primer mes de la crisis sanitaria se han llevado a cabo “sin un solo euro de las comunidades autónomas” (a pesar de haber recibido 319 millones de euros).

Para paliar esta situación, las comunidades autónomas han articulado, en general, paquetes de medidas extraordinarias, al amparo de las ayudas otorgadas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, para llevar hasta los municipios las cantidades otorgadas vía comunidades autónomas; además de la inclusión, en su caso, de partidas de ayudas propias. Usualmente, esto se ha articulado a través de un convenio extraordinario entre la comunidad autónoma y los ayuntamientos, complementario al convenio ordinario de servicios sociales que usualmente existe para la financiación compartida entre la comunidad autónoma y los ayuntamientos (allí donde estos se encargan de la prestación de los servicios sociales).

Rasgos generales, usualmente, de estos convenios extraordinarios: se otorgan en función del número de habitantes y dejan espacio al ayuntamiento, que decide en qué gastarlo concretamente, según sus necesidades (por ejemplo: ampliación de ayuda a domicilio, menús, más personal para atender y valoración de necesidades)³³.

Y, por último, entre las actuaciones extraordinarias administrativas adoptadas en el contexto de la crisis sanitaria, y para hacer frente a las demandas sociales, encontramos las iniciativas propiamente locales, los “planes de choque social” o como se hayan querido denominar, elaborados con más o menos formalización o anticipación, por parte de las corporaciones locales. Aunque, debido a la declaración del estado de alarma y la implantación del mando único, se ha puesto el foco en la acción del nivel central de Gobierno y, en menor medida, de los Gobiernos autonómicos, no podemos perder de vista la acción de los Gobiernos locales, que están siendo particularmente activos en

33. Los problemas pueden derivar del momento en que llegue esta financiación y de la previsión del período de gasto, que suele fijarse para los meses siguientes o con el año natural. Esta limitación temporal (tan a corto plazo) limita las posibilidades de gasto y las previsiones de futuro. Por ejemplo: si se contrata a un asesor jurídico, para la evaluación y valoración de peticiones, su labor no se va a terminar en tres o cuatro meses, o al final del año natural, sino que requieren de una proyección temporal superior.

el despliegue de estrategias muy variadas para hacer frente a la pandemia³⁴. Lógicamente, estas actuaciones locales varían mucho según el tamaño y las necesidades de los municipios, pero comparten elementos comunes. Además de, por supuesto, tener que aumentar los recursos destinados a los gastos sociales, de forma inevitable, en general, tienen una identificación similar de los colectivos o “población diana” de la asistencia social por la COVID-19:

1) Niños vulnerables y suministro de alimentos³⁵: asegurar el suministro de menús para familias con renta mínima y que, ordinariamente, disfrutaban de becas comedor. Con el cierre de los colegios, se suspende este servicio, y se trata de que estas familias, estos niños, puedan seguir disponiendo de esos menús. Los municipios que tienen este servicio se enfrentan a la necesidad de asegurar este suministro de los menús (en ocasiones, por empresas o suministradores distintos a los habituales, que no están en condiciones de seguir prestando el servicio) y su distribución (domiciliaria o estableciendo puntos de entrega en colegios o en otra ubicación). Una vez asegurado el servicio

34. NAVARRO, C., “Los ayuntamientos ante la crisis del COVID: innovación y resiliencia”, *BLOG IDL-UAM*, 20 de mayo de 2020, para la que la acción municipal en esta situación posee diversidad y alcance y contempla una casuística inagotable, incluyendo desde ayudas sociales, bonificaciones fiscales, retraso o rebaja en el pago de tasas e impuestos hasta la actuación sobre el espacio público, pasando por las medidas de reactivación económica, la modificación de presupuestos, la provisión de equipos informáticos a las familias para reducir la brecha digital, la inversión en obras para dinamizar el empleo o el lanzamiento de premios a iniciativas emprendedoras en la lucha contra la crisis. Se combinan estrategias clásicas de políticas públicas con otras más innovadoras. En el trabajo citado, la autora, en un intento de agrupar todas estas acciones en categorías, aporta una tabla, con fundamento en la clásica tipología NATO de instrumentos de políticas públicas, para poder identificar las distintas modalidades de actuación. En sus conclusiones, destaca que la lista más corta de medidas se refiere a los instrumentos de autoridad. Este campo lo ha ocupado por completo el Gobierno central a través de la declaración del estado de alarma y sus disposiciones de desarrollo. Las medidas aquí se limitan a pautar las condiciones de uso de los espacios públicos, particularmente en los entornos urbanos.

Ejemplos de actuaciones municipales durante la gestión de la crisis sanitaria, con una apuesta de aumento de la financiación local y del papel a desempeñar por las entidades locales, en “El papel de las entidades locales ante la pandemia”, *El País*, 5 de mayo de 2020. https://elpais.com/economia/2020/05/05/finanzas_a_las_9/1588699518_916371.html?prm=enviar_email.

35. Entre las medidas incluidas en el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, se asegura el derecho básico de alimentación de niños y niñas en situación de vulnerabilidad que se encuentran afectados por el cierre de centros educativos decretado en diferentes zonas del país como medida para frenar la expansión de la COVID-19. La medida tiene como objetivo prevenir situaciones de carencia como consecuencia de la falta de acceso a los servicios de comedor de los centros educativos de los que algunos de estos niños y niñas disfrutaban gracias a las becas de comedor. El Real Decreto-ley establece las medidas (ayudas económicas o prestaciones directas de servicios de distribución de alimentos) gestionadas por los servicios sociales de atención primaria en coordinación con los centros escolares y las respectivas consejerías de educación y de servicios sociales de las comunidades autónomas, Ceuta y Melilla; y aprueba la concesión de suplementos de crédito en el presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 por importe total de 25 000 000.

en un primer momento y de forma prioritaria, después se trata también de intentar asegurar que se trate de unos menús equilibrados. Ha de tenerse en cuenta que, ordinariamente, junto con las becas comedor (para familias con renta mínima), existen otras ayudas (reducción del precio del menú del comedor), además de que, con la declaración del estado de alarma y la suspensión de actividades económicas, progresivamente se van sumando familias que comienzan a tener necesidades por falta de ingresos.

2) Personas mayores vulnerables, que están en domicilio en aislamiento: muchas de ellas se encuentran con el cierre de los centros de día a los que asistían o tenían una red de ayuda familiar (o de cuidadores) que, con la COVID, desaparece (por enfermedad o fallecimiento del familiar cuidador o por enfermedad o imposibilidad de continuar desempeñando el servicio del empleado cuidador). Por tanto, además de los mayores a los que ya se prestaba una determinada asistencia, se suman más demandantes de auxilio social: se trata de sujetos que no estaban en el sistema de ayuda anteriormente, pero se incorporan durante el período de confinamiento, demandan suministro de alimentos, asistencia domiciliaria y ayuda psicológica (para recibir información y mitigar los efectos derivados de la situación de temor y soledad a la que se enfrentan)³⁶.

3) Personas sin hogar o en situación de calle: en estos casos, se trata de asegurar poder cumplir con el confinamiento, con las dificultades inherentes a este colectivo, así como asegurarles alimentación y bebida básica, comprobar su estado de salud, facilitarles kits de higiene/prevención³⁷.

4) Otros colectivos que ven agravada su situación: enfermos mentales confinados y mujeres víctimas de violencia de género (a las que garantizar una adecuada protección, en su caso, incluso, a través de la búsqueda de nuevas viviendas).

En cuanto a los servicios prestados, además de aumentar el suministro de alimentos (familias vulnerables y mayores), destaca el aumento de teleasistencia o información telefónica: campañas informativas y asistencia psicológica, fundamentalmente: soledad de mayores, mujeres víctimas de violencia de género y su protección³⁸, inaccesibilidad a las nuevas tecnologías de menores y las dificultades en su aprendizaje, información en relación con el coronavirus, las medidas preventivas o de higiene, medidas de confinamiento.

36. *Edición Especial Carta Local sobre la COVID, Revista de la FEMP*, <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/edicion-especial-de-carta-local-COVID-19>, p. 12.

37. *Edición Especial Carta Local sobre la COVID, Revista de la FEMP*, <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/edicion-especial-de-carta-local-COVID-19>, p. 12.

38. *Edición Especial Carta Local sobre la COVID, Revista de la FEMP*, <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/edicion-especial-de-carta-local-COVID-19>, p. 12.

to, información jurídica, información relativa a los servicios municipales, etc. Existen muchos problemas viejos, pero también aparecen nuevos problemas, incluso aún no detectados y que irán poniéndose de manifiesto en las próximas semanas y meses.

Además, durante los momentos de la crisis sanitaria, los municipios han tenido que abordar la existencia de un cambio en los criterios de reparto de la asistencia social: en algunas de las ayudas no se pueden tener en cuenta exclusivamente las condiciones económicas del solicitante, sino que la existencia de la propia situación de necesidad, con independencia de criterios económicos, se convierte en el elemento clave.

Otra de las acciones que han tenido que emprender los municipios es la coordinación de las donaciones o las acciones e iniciativas que se ofrecen desde la sociedad civil, el tercer sector o el voluntariado con la actividad de prestaciones sociales de las entidades locales, con el fin de servirse de la experiencia o los bienes y servicios aportados por estos colectivos o iniciativas³⁹. Una adecuada alianza con el tercer sector sirve para evitar la duplicación de ayudas y, sobre todo, para llegar mejor a los colectivos más vulnerables, intentando, así, evitar la existencia de personas que queden desprotegidas. La eficiencia del sistema de ayudas locales requiere articular canales de información, así como una adecuada o mínima financiación de las actuaciones que asume el tercer sector.

Para adaptarse a la situación, los ayuntamientos han abordado, cuando ha sido posible, la adaptación y/o modulación de los contratos existentes y en vigor y que afectan a la prestación de servicios sociales. La Administración local ha intentado mantener esos contratos, pero adaptándolos a la nueva situación. Cuando esto no es posible, se han tenido que realizar nuevas contrataciones, en un contexto de modificación de la normativa sobre contratación pública para adaptarse a la nueva realidad y otorgar una respuesta inmediata, y explorar las vías no contractuales admitidas por la LCSP (contratos de servicios a las personas), y que se han puesto en marcha en distintas comunidades autónomas para concertar específicamente servicios sociales con grupos vulnerables. También hay que tener presente las dificultades que tienen que afrontar las empresas adjudicatarias de contratos públicos en vigor, que tienen que adaptarse a los gastos adicionales derivados de las medidas de seguridad y protección requeridas.

39. NAVARRO, C., “Los ayuntamientos ante la crisis del COVID: innovación y resiliencia”, *BLOG IDL-UAM*, 20 de mayo de 2020, en su análisis de las diversas actividades emprendidas por las entidades locales, afirma que se han establecido foros, comisiones o grupos de trabajo para diseñar planes de recuperación.

Algo parecido se puede decir también de los propios servicios municipales, que tienen que hacer frente a mayores gastos derivados de la necesidad de proporcionar equipos de protección a los empleados públicos municipales, así como proceder a la desinfección de edificios y vías públicas.

Por último, las entidades locales han sufrido un impacto sobre la plantilla (necesidad de reordenar la plantilla o el aumento de la misma), ante la demanda creciente y diferente de servicios, aun cuando algunos servicios se presten de forma indirecta. Este incremento de la demanda de ayudas sociales no puede recibir como respuesta el colapso de los servicios municipales sociales, con el consiguiente retraso en la tramitación. Para emprender las acciones municipales hay que tener en cuenta la necesidad de simplificación administrativa⁴⁰ y de desbloquear el funcionamiento administrativo. La paralización o suspensión de los procedimientos produce un cuello de botella, que, junto al aumento de la demanda de prestaciones, puede contribuir a producir un colapso de los servicios sociales, además de concurrir el riesgo de dejar fuera del sistema de ayudas a sujetos que lo necesitan⁴¹.

En definitiva, ante la realidad de una gestión social de la crisis con unas consecuencias difícilmente predecibles, los municipios han tenido que enfrentarse a problemas y acciones sociales adicionales o complementarios a los que ordinariamente prestan. Esto les ha obligado a organizar o reorganizar tanto el funcionamiento de la Administración local como la propia provisión de servicios⁴². Han tenido que ampliar la capacidad de los servicios existentes y prestar otros nuevos para dar respuesta a las necesidades de los colectivos vulnerables. Este extenso papel que les ha correspondido desarrollar a los municipios pone a prueba la capacidad de reacción de los servicios sociales municipales.

40. Tramitación lenta, por la comunidad autónoma, de procedimientos administrativos de reconocimiento del SAAD, además de las dificultades de acceso para cierta población (mayores, no capacitados digitalmente, con falta de medios...).

41. La suspensión de la tramitación de los procedimientos de valoración de demandas sociales (por ejemplo: procedimientos sobre reconocimiento de renta mínima) supone, además, un problema adicional: puede que, cuando se resuelvan, sea denegatorio y, sin embargo, que la situación del peticionario haya empeorado notablemente, por lo que, además de la dilación en la respuesta, se vea obligado a iniciar una tramitación nueva. Ver MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "Carácter esencial y consolidación de la e-Administración en los ayuntamientos en tiempos de la COVID-19", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, Sección Zona Local / Rincón Local, junio 2020, p. 108, sobre las dificultades de la Administración local para continuar con la prestación de servicios públicos esenciales y actuaciones administrativas fundamentales durante el estado de alarma, al no disponerse de un sistema adecuado de e-Administración, teletrabajo y reuniones de órganos colegiados por medios electrónicos.

42. En este sentido, también, NAVARRO, C., "Los ayuntamientos ante la crisis del COVID: innovación y resiliencia", *BLOG IDL-UAM*, 20 de mayo de 2020.

5

Propuestas finales: reordenar las competencias locales y habilitar espacios de codecisión en el proceso de salida de la crisis y más allá

La adopción de estas medidas extraordinarias, adoptadas en un contexto de crisis sanitaria, social y económica derivada de la COVID-19, se ha centrado, fundamentalmente, en aportar financiación adicional a las entidades locales para la prestación de servicios sociales. Esto pone en evidencia, en primer lugar, la escasa capacidad económica y de medios (materiales y personales) con la que cuentan los ayuntamientos para abordar problemas urgentes de atención a una creciente población demandante de prestaciones sociales. Aunque no se puede perder de vista que esta financiación adicional puede no llegar a todos los municipios, puesto que, o bien depende de que las comunidades autónomas la distribuyan, o bien se limita solo a aquellos municipios que poseen superávit (y cumplen con la regla de gasto y las condiciones de estabilidad), y no todos los municipios se encuentran en estas condiciones, por lo que no dispondrían de esa capacidad de gasto adicional.

Al mismo tiempo, en segundo lugar, también es una muestra clara de que el esquema competencial en este ámbito no se ajusta a la restringida capacidad de intervención de las entidades locales que se plasma en la LBRL. Aun sin contar ni con competencias ni con recursos económicos suficientes, los municipios constituyen el sujeto público que, en primer lugar, atiende y da cobertura a las demandas y necesidades de los vecinos y colectivos en riesgo de exclusión social. Esto se pone más en evidencia, si cabe, en los municipios pequeños y medianos, con escaso reconocimiento competencial, pero que, sin embargo, constituyen, por cercanía, la única institución pública que actúa en este ámbito, lo que puede suponer que se vean desbordados, en un contexto de demanda creciente de servicios de asistencia social.

Desde el punto de vista competencial, en la realidad, las corporaciones locales han mantenido el papel protagonista (aunque más de prestador que de definidor o diseñador) que venían teniendo en la prestación y gestión de los servicios sociales antes de la LRSAL, y que apenas se ha visto alterado. En efecto, aunque se puede afirmar que formalmente y sobre el papel, al menos, se ha reducido el ámbito de intervención garantizado a los municipios en la LBRL tras la reforma, también es cierto que, bien sea mediante el ejercicio de las competencias propias (del art. 25.2 LBRL), o mediante competencias delegadas (por parte de las comunidades autónomas), o competencias distintas de las propias, las corporaciones locales mantienen su importante función de atención a los colectivos vulnerables. Y, dado el protagonismo de la Administración municipal en este ámbito, resulta fun-

damental y lógico que, en un contexto tan excepcional como en el que vivimos, se garantice que las corporaciones locales dispongan de medios suficientes y de instrumentos adecuados que permitan el mantenimiento y la continuidad en la prestación de los servicios sociales, que sigue siendo un espacio propio de intervención municipal en la atención de las demandas de los ciudadanos más necesitados.

Debemos tener presente que el escenario de crisis sanitaria, social y económica actual exige a las Administraciones públicas en general, y a la municipal en particular, en cuanto que primera destinataria de las demandas ciudadanas, unos niveles de prestación de la asistencia social mayores que en épocas de bonanza económica.

La variedad, la intensidad y la inmediatez de las actuaciones emprendidas por las entidades locales en estos momentos de necesidad social demuestran la eficiencia en la adaptación a nuevas circunstancias de las Administraciones locales, de las que siempre se ha afirmado que disponen de mayor capacidad de innovación institucional que el resto de los niveles de Gobierno⁴³.

Por otro lado, no se puede desconocer, a la hora de reordenar las competencias locales, que, junto a los principios de “estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales”, también se encuentran, conforme al art. 2 de la LBRL, los de descentralización y proximidad con el fin de hacer efectiva la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales.

Si bien el legislador básico de 2013 relativiza la regla de la máxima proximidad como principio inspirador de la distribución competencial, nos encontramos con el hecho de que es la propia realidad social y económica la que impone, al menos en el ámbito de los servicios sociales, ajustar el proceso de asignación competencial local a dicho principio⁴⁴.

La mejor prueba de ello es la demanda vecinal de servicios sociales a los respectivos ayuntamientos con ocasión de la crisis sanitaria actual: su cercanía al ciudadano y su conocimiento del territorio (el fenómeno conocido como *the genius of the place*) les permite identificar eficazmente las necesidades ciudadanas, y su estrecho contacto con la realidad social les impide ignorarlas, pese a que gran parte de esta acción se proyecta sobre campos sobre los que los Gobiernos locales no tienen competencias fuertes y blindadas⁴⁵.

43. NAVARRO, C., “Los ayuntamientos ante la crisis del COVID: innovación y resiliencia”, *BLOG IDL-UAM*, 20 de mayo de 2020.

44. ARIAS MARTÍNEZ, M.^a A., “Las competencias locales en materia de servicios sociales...”, *op. cit.*, pp. 400, 403 y 408.

45. En este sentido, también, NAVARRO, C. “Los ayuntamientos ante la crisis del COVID: innovación y resiliencia”, *BLOG IDL-UAM*, 20 de mayo de 2020.

Las anteriores propuestas, encaminadas al fortalecimiento de la autonomía y las competencias locales, encajan con una reflexión más general sobre el papel que debe jugar el municipio (sobre todo, las ciudades) en los nuevos planteamientos relativos a la intervención pública sobre la sociedad⁴⁶.

Las semanas más virulentas de la crisis sanitaria vivida (de marzo a mayo de 2020) han puesto de manifiesto que los municipios (destacadamente los de gran tamaño), junto a funciones de prestación de servicios y de solidaridad social, han asumido, incluso, un rol de liderazgo político (iniciativa en la gestión del confinamiento o en la toma de medidas sociales)⁴⁷. En definitiva, acciones que van encaminadas a una dinámica de más autonomía respecto de las directrices estatales y autonómicas, asumiendo un papel protagonista, no solo en la ejecución, administración y organización de los servicios sociales, sino, también, en su configuración, en el intento de diseño autónomo de una política social propia.

El 22 de mayo de 2020, la Junta de Gobierno de la FEMP aprobó el documento “Pilares Locales para la reactivación social y económica de la Administración Local”, que también demanda el papel protagonista de las entidades locales en la atención local y en la reconstrucción social económica de cada Gobierno local⁴⁸.

46. FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local...”, *op. cit.*, pp. 28-30.

47. “Una crisis urbana en tres dimensiones”, *El País*, 20 de abril de 2020, sobre el rol que las ciudades han tenido durante la emergencia, siendo las primeras en gestionar el confinamiento de la población y la toma de medidas para frenar la expansión descontrolada de la pandemia: acceso a los servicios básicos y la movilidad; atención a las personas más vulnerables; refuerzo de las infraestructuras de salud; construcción de alianzas con la sociedad civil, activando redes de solidaridad; con la ciencia, apoyando proyectos de investigación; y con el sector privado, reorientando la producción; etc. Señala, igualmente, que este liderazgo será capital para definir la ciudad que vendrá después de la COVID-19.

https://elpais.com/elpais/2020/04/13/seres_urbanos/1586814836_874372.amp.html?__twitter_impression=true

48. Y así, en primer lugar, propone que se permita a los municipios el uso íntegro de los Remanentes de Tesorería para Gastos Generales (que ascienden a 17 841 millones de euros e incluyen el superávit) generados por cada entidad local, flexibilizando parámetros como la estabilidad presupuestaria o la regla de gasto. Junto a lo anterior, propone la creación y puesta a disposición de los entes locales de tres fondos, que sientan las bases de una reforma de la financiación local: 1) Fondo financiero que pueda ser destinado exclusivamente al impulso de la recuperación social y económica, incluyendo parte de las partidas procedentes de la Unión Europea y la propuesta de reclamar a las comunidades autónomas la constitución de fondos destinados a planes locales de choque en sus territorios; 2) Fondo extraordinario para el sostenimiento del transporte público urbano; 3) Fondo para la colaboración de las entidades locales en la gestión del Ingreso Mínimo Vital. En la medida en que se prevé la colaboración de las entidades locales en la implantación y el seguimiento del Ingreso Mínimo Vital, se hace necesario aprobar un fondo propio, vinculado a este fin. <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/documento-para-la-reactivacion-economica-y-social-desde-las-entidades-locales>

La gestión de la crisis sanitaria generada por la COVID-19 en España ha potenciado las tendencias recentralizadoras, lo que, lógicamente, ha mermado bastante el rol de las comunidades autónomas y de los municipios durante el estado de alarma. Y, en estos momentos, aún es muy incierto el modelo de gobernanza que se va a diseñar o implantar en las últimas semanas de la desescalada o al final de ella y tras el estado de alarma. La determinación del papel que en ella van a jugar las comunidades autónomas (con mayor o menor protagonismo) condicionará, sin duda, la presencia y el espacio de los ayuntamientos.

La asistencia social se va a desplegar en el marco de la LBRL, generalmente, bajo el art. 26.1.c) LBRL (en los municipios de más de 20 000 habitantes), pero va a cambiar mucho al avanzar la desescalada y después. Parece razonable que, a medida que avance la desescalada, se prevea un aumento de protagonismo de las comunidades autónomas y los ayuntamientos, aunque estos al servicio de las comunidades autónomas, de la política autonómica, no de políticas propias, con pura gestión de la financiación y fines que se les atribuyan: los ayuntamientos son puro instrumento de ejecución de políticas ajenas.

Si las comunidades autónomas ocupan la totalidad del espacio, los ayuntamientos van a jugar un rol de entidades subordinadas que ejecutan decisiones de otros (las comunidades autónomas, en este caso). La cuestión es si las comunidades autónomas van a reconocer capacidades a los municipios, adaptándose a las peculiaridades de cada uno de ellos, dejándoles margen de decisión. En todo caso, lo previsible es que los espacios supramunicipales sean ocupados por las comunidades autónomas.

En el ámbito de los servicios sociales, como ya se ha señalado, las comunidades autónomas tienen muchas competencias y poder, tanto desde el punto de vista del diseño y de la planificación de la política social, como por el poder financiero del que disponen. Y no es previsible que las comunidades autónomas cedan este espacio y opten por dejarlo en manos de iniciativas o redes supramunicipales. Los ayuntamientos seguirán actuando como terminales de ejecución de las políticas del Estado (en la fase de estado de alarma y las primeras fases de la desescalada) o de las comunidades autónomas (en las últimas fases de la desescalada y después). Aunque, quizá, en lo relativo al Ingreso Mínimo Vital se está apuntando a la posibilidad de implantar un modelo de gestión con una relación directa Estado-municipios, sin la intermediación autonómica.

La situación óptima sería que las entidades locales (municipales y también supramunicipales) pudieran diseñar sus propios planes de desescalada y coordinar todas sus actuaciones a través de una planificación, por fases, simétrica a la que propone el Estado (distancia social, criterios de asistencia, prioridades, cuantías, procedimiento de asistencia social). Antes de que llegue la financiación extraordinaria, los ayuntamientos deben tener una planificación

y organización adecuada y anticipada, para aplicar eficaz y estratégicamente los fondos que reciban.

También es previsible que, en todos los niveles de Administración, y también en la local, vaya a aumentar la densidad normativa, no solo para adoptar medidas reactivas frente a las nuevas situaciones que se están presentando, sino, también, para dotar a las medidas de estabilidad, puesto que algunas de ellas son a medio o largo plazo.

En conclusión, y teniendo en cuenta todo lo anterior, parece razonable que a los municipios, que han estado gestionando y enfrentándose a la crisis sanitaria y social en la primera línea, también, en la salida de ella, y en el futuro, se les reconozca un papel protagonista, un rol determinante, definidor, no de mero ejecutor⁴⁹. Incluso, dando un paso más, ha de tomarse en cuenta la posición de los municipios no solo en la definición de sus propios intereses, sino, también, participando en la codecisión, en la formulación de la política autonómica⁵⁰ e, incluso, nacional⁵¹.

49. Un paso en ese camino lo podemos encontrar en la Declaración de la FEMP de 20 de abril (“Los Gobiernos locales jugarán un papel central en la desescalada y la reconstrucción social y económica”, <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/los-gobiernos-locales-jugaran-un-papel-central-en-la-desescalada-y-la>), en la que afirma que las entidades locales van a estar presentes en el proceso de desescalada y en la reconstrucción social y económica que ha de abordarse en nuestro país tras la crisis provocada por el coronavirus. Para ello, en la reunión entre la FEMP y el presidente del Gobierno acuerdan un encuentro con el jefe del Ejecutivo cada quince días y otro con el Ministerio de Sanidad y el Ministerio de Transición Ecológica, al objeto de coordinar la participación, junto al resto de las Administraciones, tanto en la desescalada como en la reconstrucción social y económica. Para el presidente de la FEMP, estos encuentros y los acuerdos adoptados sitúan a los Gobiernos locales en “el lugar en el que queríamos estar, formando parte de la arquitectura del Estado y ser considerados como tales”.

50. Como ejemplo, recientemente (el 21 de junio de 2020, aún con el estado de alarma vigente y en pleno proceso de desescalada), el portavoz del Gobierno Vasco y consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno preside la reunión constitutiva del “Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales”, un órgano que dimana de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi. Este órgano nace como foro de encuentro compartido por los tres niveles institucionales (Gobierno Vasco, diputaciones forales y municipios) para abordar conjuntamente las normas, programas, proyectos, planes o políticas públicas que les afecten. Además, y con el fin de garantizar la presencia de municipios de diferentes tamaños, al menos un tercio de los representantes municipales son electos de municipios con población inferior a 5000 habitantes.

51. En este sentido, FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local...”, *op. cit.*, pp. 28-30, para el que el papel de los municipios, en el futuro inmediato, irá más allá del municipio clásico: también los servicios a las personas alcanzarán esa dimensión urbana y ciudadana predominante. Y esa es una reflexión general que también preocupa a organizaciones europeas, como el Consejo de Europa. Así, la Recomendación 429 (2019) del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa (CPLRE) señala que ya ha pasado la época de los Estados-Nación de los siglos XIX y XX, y que hay que recuperar la ciudad como lugar de agregación y como lugar de ejercicio de los derechos fundamentales. Igualmente, la Agenda Urbana Europea (aprobada en 2016) nos dice que las ciudades europeas han de participar en la elaboración de las políticas generales que conciernen a importantes servicios sociales, empezando por planes piloto que están en marcha, sobre la inclusión de los migrantes, la política de vivienda, la pobreza urbana, gran parte de temas de cambio climático, etc.

6

Bibliografía

- ALMEIDA CERREDA, M., “El incierto futuro de los servicios sociales municipales”, *Anuario de Derecho Municipal 2013*, IDL-UAM, 2014, pp. 93-120.
- ARIAS MARTÍNEZ, M.^a A., “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto 2014, pp. 373-410.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. y DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Municipios y comunidades autónomas en la gestión del sistema de autonomía y atención a la dependencia”, en J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y S. DÍEZ SASTRE (coords.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, 2012, pp. 53-94.
- CIDONCHA MARTÍN, A., “La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 45, 2017, pp. 12-100.
- FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A., “La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, pp. 11-45.
- FONT I LLOVET, T., “Gestión de servicios sociales en el ámbito local. Nuevos planteamientos sobre la ciudad y la contratación pública”, en L. TOLIVAR ALAS y M. CUETO PÉREZ (dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 21-45.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Quién prestará los servicios sociales el 1 de enero de 2016?”, 2016 (<http://rafaeljimenezasensio.com/2015/11/08/quien-prestará-los-servicios-sociales-el-1-de-enero-de-2016/>).
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “Carácter esencial y consolidación de la e-Administración en los ayuntamientos en tiempos de la COVID-19”, *El Consultor de los ayuntamientos*, núm. 6, Sección Zona Local / Rincón Local, junio 2020.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., “Las corporaciones locales podrán emplear su superávit en ayudas sociales”, *Blog IDL-UAM*, 1 de abril de 2020.
- NAVARRO GÓMEZ, C., “Los ayuntamientos ante la crisis del COVID: innovación y resiliencia”, *Blog IDL-UAM*, 20 de mayo de 2020.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las competencias como paradigma de la autonomía local”, *Justicia Administrativa*, núm. especial, 2000, pp. 34 y ss.

- ORTEGA BERNARDO, J., *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, 2014.
- PRESNO LINERA, M. Á., “Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 54 a 65.
- PRIETO ROMERO, C., “Las competencias municipales. Las competencias impropias y los servicios duplicados en la ciudad de Madrid”, *Anuario de Derecho Municipal 2011*, núm. 9, IDL-UAM, Marcial Pons, 2012, pp. 97-126.
- RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, 7.^a edición, Thomson-Civitas, 2014.
- SALVADOR CRESPO, M., “Los servicios sociales como paradigma de los cambios operados en el sistema competencial al amparo de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, en J. TUDELA y M. KÖLLING (coords.), *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: el caso español*, 2015, pp. 105-145.
- TOSCANO GIL, F., “El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, 2014, pp. 285-320.
- VELASCO CABALLERO, F., “Convenios administrativos en el sistema de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia”, en J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y S. DÍEZ SASTRE (coords.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, 2012, pp. 95-135.
- VELASCO CABALLERO, F., “Juicio constitucional sobre la LRSAL: punto final”, *Anuario de Derecho Municipal 2016*, núm. 10, IDL-UAM, Marcial Pons, 2017, pp. 23-46.
- VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, núm. 6, IDL-UAM, Marcial Pons, 2013, pp. 23-60.
- ZAFRA VÍCTOR, M., “Doble inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Autonomía Local”, *¿Un nuevo modelo de gobierno local? Municipios, diputaciones y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, pp. 9-34.

¿La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción llamada a tutelar los derechos de los particulares contra normas de cualquier rango por motivos de inconstitucionalidad?

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo

1. Propuesta

2. Primera vía: en clave constitucional

- 2.1. Pautas
- 2.2. Recurso de amparo contra la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero en el fondo contra un reglamento, por la vía de amparo (con doctrina extensible a cuando el particular se defiende contra un decreto ley o una ley)
- 2.3. Recurso contencioso-administrativo contra actos administrativos, pero en casos en que “indirectamente” las lesiones de derechos fundamentales proceden de decretos leyes
- 2.4. Recurso de amparo del particular directamente contra el decreto ley
- 2.5. Profundización en los criterios de control constitucional en el ámbito de disposiciones de carácter general

3. Vías de defensa mixtas, constitucional/contencioso-administrativo, contra decretos leyes, en el marco de procesos contencioso-administrativos instados por particular legitimado, pero con un control de la norma legal por el TC

- 3.1. Pautas
- 3.2. Ejemplos del control constitucional suscitado por el particular a través de un contencioso-administrativo
- 3.3. Recurso contra el acto administrativo suscitándose posible inconstitucionalidad por el presupuesto de la necesaria urgencia para aprobar un decreto ley

Artículo recibido el 29/05/2020; aceptado el 13/07/2020.

4. Juicios de constitucionalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa
5. Opciones más allá de la lógica puramente contenciosa. Primero, fallos que estiman el recurso contencioso-administrativo contra el acto por considerar el decreto ley contrario a derecho. O, segundo, fallos que llegan a inaplicar un decreto ley por considerarlo contrario a la Constitución o al derecho comunitario europeo
6. El caso típico de las cuestiones de inconstitucionalidad en relación con leyes expropiatorias autonómicas
7. La vía posiblemente más accesible para el particular: los contenciosos de responsabilidad del Estado legislador donde se plantea la cuestión indemnizatoria que interesa, junto a la posible inconstitucionalidad o inaplicación del decreto ley
8. ¿Y cuando no hay acto?
9. Recapitulación

Resumen

Se debate si la jurisdicción contencioso-administrativa ha de ser la jurisdicción llamada a tutelar los derechos de *los particulares* contra normas de cualquier rango por motivos de inconstitucionalidad. Se plantea este debate aprovechando algunos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa que inaplican leyes, o anulan actos por inconstitucionalidad de decretos leyes. Segundo, ante la praxis constitucional existente. Y tercero, ante la necesidad de tutelar a los ciudadanos, en especial frente a decretos leyes autonómicos.

Palabras clave: *jurisdicción contencioso-administrativa; inaplicación de leyes; inconstitucionalidad; decretos leyes; tutela de los ciudadanos; normas autonómicas.*

The administrative judicial review and its role on protecting fundamental rights against norms regardless of its rank as a source of laws

Abstract

It is contested whether the administrative judicial review should be the jurisdiction in charge of protecting fundamental rights against norms of any rank for reasons of unconstitutionality. This debate is

framed, first, considering judgments which disapply legislation or annul acts which provide from Royal Decree-Laws on the grounds of their unconstitutionality. Second, the debate explores the existing constitutional praxis. And third, the question is approached in view of the need to protect citizens, especially before Royal Decree-Laws enacted by the Autonomous Communities (regional governments).

Keywords: administrative judicial review; disapplication of legislation; unconstitutionality; Royal Decree-Laws; protection of citizens; Autonomous Communities' legislation.

1

Propuesta

Este debate se plantea aprovechando algunos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa que inaplican leyes o anulan actos por inconstitucionalidad de decretos leyes. Segundo, ante la praxis constitucional existente. Y tercero, ante la necesidad de tutelar a los ciudadanos, en especial frente a decretos leyes autonómicos.

Se han abierto especialmente durante los últimos años opciones procesales de interés, mediante **pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa que inaplican leyes, o anulan actos por inconstitucionalidad de decretos leyes.**

Podrá decirse que se nos presentan como una especie de vía “azarosa” cuya procedencia parece depender de la suerte, a la espera de consolidar unas pautas de mayor certeza. En todo caso, se abren algunas vías de interés, que conviene conocer y, sobre todo, explorar, como posibles vías que podrían evitar su carácter puramente especulativo u ocasional, en el contexto de la tutela judicial de los ciudadanos por normas de rango legal que pueden ser inconstitucionales o contrarias a derecho europeo, más allá del recurso de inconstitucionalidad que está vedado al particular.

Un punto de especial interés está en cómo estas tendencias no solo afectan a la tutela de los derechos de los ciudadanos, ya que también nos permiten apuntar reflexiones sobre la configuración misma de la jurisdicción contencioso-administrativa en sus relaciones con el Tribunal Constitucional (TC), hasta el punto de poder plantear el debate de si la jurisdicción contencioso-administrativa no estaría evolucionando hacia una jurisdicción llamada a desarrollar una –moderada pero más certera– parcela de control ordinario en todo ese ámbito de tutela judicial de los

particulares en relación con el poder público, contra actos *o contra leyes* que puedan ser inconstitucionales vulnerando derechos subjetivos de particulares, dejando al TC como instancia reservada para los recursos (de tipo político, pues) de comunidades autónomas o de los legitimados cualificados para plantear un recurso de inconstitucionalidad.

De hecho, no solo un estudio de tales tendencias jurisprudenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa nos lleva a este debate, sino que también se confirmaría un posible desenlace en el sentido expuesto a la luz de la vocación que se aprecia, en las propias resoluciones del TC, de centrar su ámbito de actuación en esos otros ámbitos distintos de los amparos presentados por los particulares en el marco del artículo 24 de la Constitución (hasta el punto de que en opinión de algunos juristas cabría incluso su supresión). El campo propio de la tutela de los ciudadanos estaría en el derecho administrativo procesal, provenga de donde provenga el acto que lesiona sus derechos. En todo caso, cada vez más se pone de manifiesto la necesidad de mejorar la tutela judicial efectiva en este tipo de situaciones.

Caso emblemático son los decretos leyes autonómicos de tipo expropiatorio que, pese a tener rango de ley, se dictan por un poder público afectando a ciudadanos muy localizados, a modo de puros actos administrativos o reglamentos que, sin embargo, tienen rango legal, dificultando la defensa.

A efectos de evitar posibles problemas de indefensión se hace necesario un mayor desarrollo del sistema de garantías en estos ámbitos, tras apreciar que este tipo de afecciones tan directas no pueden quedar fuera de un control judicial adecuado. Esta afirmación se entiende considerando que, *a priori*, la recurribilidad de una ley o un decreto ley por un particular, como es notorio, es harto difícil. O bien falta legitimación, si se quiere acudir a la vía del Tribunal Constitucional, para plantear el recurso de inconstitucionalidad que sería procedente, o bien falta procedibilidad (en el contexto mismo de los recursos de amparo), según profundizaremos a continuación, o bien el decreto ley (o la ley misma) supera el rango normativo legal de las facultades ordinarias de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En particular, el decreto ley presenta una serie de matices en lo procesal que pueden ser analizados a la luz de las resoluciones judiciales, en términos de pura praxis, y teóricos. Así pues, se profundiza seguidamente en las vías de defensa del particular contra decretos leyes y normas de rango legal. La cuestión remite a la jurisdicción contencioso-administrativa o al TC.

2

Primera vía: en clave constitucional

2.1

Pautas

Descartada la acción de inconstitucionalidad, por falta de legitimación por parte del particular, las opciones de debate en lo procesal se abren a través del recurso de amparo, contra este tipo de normas. El debate que vamos a plantear vale no solo para las leyes o los decretos leyes, sino, significativamente en este punto, también para los propios reglamentos o disposiciones de carácter general.

Pues bien, es evidente que lo suyo es la improcedencia del recurso de amparo en este ámbito. Si el amparo, promovido por particulares, es excepcional, en este ámbito lo es aún más.

Por contrapartida, se ha desarrollado una doctrina de interés, que permite pautas de defensa a los ciudadanos frente a afecciones derivadas de normas, por la vía del recurso de amparo, de modo que, si se cumplen los presupuestos excepcionales que vamos a estudiar seguidamente, puede aquella ser planteada con opciones procesales por parte del particular. Por tanto, sin obviar, pues, la excepcionalidad de los amparos, y más aún de los amparos contra normas por particulares, lo cierto es que el cumplimiento (en el caso concreto) de los presupuestos excepcionales de la jurisprudencia constitucional para atacar una norma por el amparo, convierten este instrumento en una vía de interés, considerando que ante la jurisdicción contencioso-administrativa va a ser harto compleja (como veremos) la defensa procesal directa de un particular contra un decreto ley o una ley (no así, obviamente, en relación con reglamentos o disposiciones de carácter general).

En lo procesal, que aquí interesa, estos recursos de amparo podrán tramitarse contra las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciando un reglamento, pese a que el núcleo de las pretensiones se dirige en el fondo contra este mismo. O bien, de forma más interesante, pueden introducirse contra la norma directamente cuando medie el presupuesto procesal fundamental necesario relativo a que la norma (y este mismo criterio vale tanto para leyes o decretos leyes como para disposiciones de carácter general) tenga **carácter autoaplicativo**, por no mediar un acto aplicativo a la norma legal o reglamentaria.

Además, obviamente, ha de verificarse una lesión jurídico-subjetiva en un derecho fundamental, ya que, en todo caso, este control no se refiere a la legalidad objetiva de las normas. Diríamos que la defensa tiene un carácter subjetivo puro.

2.2

Recurso de amparo contra la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero en el fondo contra un reglamento, por la vía de amparo (con doctrina extensible a cuando el particular se defiende contra un decreto ley o una ley)

Puede citarse, como primera referencia de interés, en lo procesal, la STC 54/2006. Parte esta sentencia de que **“la recurrente imputa directamente a una disposición de carácter general (el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) la lesión de derechos fundamentales sin acto aplicativo de ningún tipo”**. Este es el planteamiento procesal que conviene tener en cuenta.

Tras recordar que **“es doctrina reiterada de este Tribunal que el objeto del recurso de amparo ha de referirse necesariamente a lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales (...)”**, afirma que **“este carácter esencialmente subjetivo que lo define impide que este proceso pueda ser considerado una vía adecuada para realizar el control abstracto de la constitucionalidad de ninguna clase de normas, concretamente, en lo que ahora importa, de las reglamentarias (SSTC 40/1982, de 30 de junio, F. 3; y 123/1987, de 15 de julio, F. 1), pues ese control corresponde hacerlo a los jueces de la jurisdicción ordinaria (en este caso, al Tribunal Supremo, al tratarse de una disposición general del Gobierno) y no al Tribunal Constitucional”**.

“Por consecuencia, para que una disposición de carácter general pueda constituirse en objeto de un recurso de amparo sin mediación de acto aplicativo alguno es necesario que la lesión constitucional derive, directa e inmediatamente, de la propia norma reglamentaria”. Y se añade:

“En este sentido, aunque es cierto que en algunas ocasiones hemos negado la posibilidad de recurrir en amparo disposiciones de carácter general sin mediación de acto aplicativo, ello fue porque no habíamos apreciado una conexión entre la disposición general impugnada y la efectiva lesión de derechos fundamentales, pretendiéndose realmente un enjuiciamiento en abstracto de la disposición general (por ejemplo, en SSTC 40/1982, de 30 de junio, F. 3; 95/1985, de 9 de julio, F. 3; 111/1985, de 11 de octubre, F. 2; 131/1985, de 22 de octubre, F. 2; y 141/1985, de 22 de octubre, F. 1). Ahora bien, hemos venido admitiendo la viabilidad del recurso de amparo como un instrumento apto para reparar lesiones de derechos fundamentales derivadas de una disposición de carácter general, cuando la violación del derecho o de la libertad de carácter fundamental le es imputable directa e inmediatamente sin necesidad de mediación de un acto aplicativo (por ejemplo, SSTC 31/1984, de 7 de marzo, F. 4; 141/1985, de 22 de octubre, F. 1; 162/1985, de 29 de noviembre,

F. 1; 123/1987, de 15 de julio, F. 1; 143/1994, de 9 de mayo, F. 4; 153/1994, de 23 de mayo, F. 4; 45/2004, de 23 de marzo, F. 3; y ATC 319/1994, de 21 de noviembre, F. 3”.

En lo procesal, en la STC 54/2006 se interpuso recurso de amparo contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000. Ahora bien, “**aunque formalmente** el presente recurso de amparo se dirige contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000, parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, **la crítica central se refiere a varios preceptos del citado Reglamento...**”.

En consecuencia, sobre el caso planteado, “la Organización de Consumidores y Usuarios recurrente **está legitimada para formular el presente recurso de amparo** dirigido contra una disposición de carácter general –ex art. 43 LOTC (RCL 1979, 2383)–, habida cuenta de que la lesión de derechos fundamentales *se imputa directamente a la citada disposición sin necesidad de la existencia de un acto aplicativo y de que el derecho fundamental que se dice efectiva y concretamente lesionado –el derecho a la igualdad del art. 14 CE (RCL 1978, 2836)– es uno de los que, conforme al art. 53.2 CE, es susceptible de amparo constitucional*”. Hechas las precisiones anteriores, se analiza la queja relativa a la desigual aplicación de la Ley (art. 14 CE).

2.3

Recurso contencioso-administrativo contra actos administrativos, pero en casos en que “indirectamente” las lesiones de derechos fundamentales proceden de decretos leyes

El **ATC 119/2019** se enfrenta con un recurso de amparo contra **los acuerdos del Consejo de Ministros** de fecha 15 de febrero y 15 de marzo 2019, que disponen la exhumación de los restos de D. Francisco Franco, si bien en el recurso de amparo se atacaba también el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto.

De hecho, en lo que interesa, el citado Auto es un ejemplo de cómo se desarrolla el control constitucional sobre la posible vulneración directa de derechos fundamentales derivada de un decreto ley, pese a que finalmente no concurra, para este auto, el presupuesto del carácter autoaplicativo del decreto ley.

El Tribunal Constitucional afirma que el recurso de amparo tiene un carácter esencialmente **subjetivo**, de modo que dicho recurso de amparo es admisible para reparar lesiones de derechos fundamentales derivadas de un decreto ley o decreto legislativo (citando el Auto del Tribunal Constitucional 291/1997, de 22 de julio, fundamento jurídico segundo) o bien derivadas de disposiciones de carácter general (cita este Auto numerosas referencias) cuando la violación del derecho o de la libertad de carácter fundamental es imputable directa e inmediatamente, sin necesidad de mediación de un acto aplicativo, a la norma legal o reglamentaria.

Esto no sucede en el presente caso, según el TC, ya que a su juicio el Real Decreto-ley 10/2018 **no tiene carácter autoaplicativo**, como lo demuestra el hecho de que los acuerdos del Consejo de Ministros dictados en aplicación de la norma legal son el objeto del presente recurso de amparo; por otro lado, el control de la concurrencia del presupuesto habilitante del decreto ley, es decir, la extraordinaria y urgente necesidad según el artículo 106.1 de la Constitución, no es susceptible de recurso de amparo.

2.4

Recurso de amparo del particular directamente contra el decreto ley

En el ATC 191/1997 se interpone un recurso de amparo directamente contra un real decreto-ley (en concreto, el Real Decreto-ley 1/1997, de 31 de enero, por el que se incorpora al Derecho Español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, de la Comisión Europea, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector).

En este sentido, el recurrente en amparo invoca la doctrina según la cual, si bien no se puede acudir al amparo contra una ley o un decreto ley, esta regla tiene una excepción, es decir, la de aquellos preceptos de un real decreto-ley que resulten autoaplicativos, esto es, que afecten al estatus jurídico de una persona de manera inmediata, sin necesidad de acto de aplicación alguno.

Argumenta el interesado que, de no admitirse esta posibilidad, se estaría dejando un ámbito de inmunidad al poder ejecutivo mediante la conversión en normas de lo que no son más que actos, con el fin de impedir toda reacción posible por parte de los destinatarios de las normas.

En este Auto el Tribunal Constitucional incide en que la vía para impugnar leyes es indirecta (refiriéndose a la vía conocida por todos de acceso de los particulares a un juicio de constitucionalidad de una ley o un decreto ley, a

través de la elevación de cuestión de inconstitucionalidad por la jurisdicción ordinaria), de modo que no se prevé en principio una impugnación directa.

No obstante, afirma que en el ámbito del recurso de amparo solo podrá procederse al enjuiciamiento de normas cuando por su mera existencia o entrada en vigor se cause la lesión concreta y actual del derecho fundamental (STC 167/1987). En el presente caso **no puede hablarse de autoaplicación** en sentido propio, pues si hay normas necesitadas de aplicación ulterior son justamente las sancionadoras, que son precisamente el objeto de enjuiciamiento. Y se concluye que la cuestión de fondo planteada solo procedería en el marco de un procedimiento de inconstitucionalidad.

2.5

Profundización en los criterios de control constitucional en el ámbito de disposiciones de carácter general

Aunque estamos ante criterios generales en lo relativo a la posibilidad de un amparo por vulneración de derecho fundamental derivada de normas, existe evidentemente un punto diferenciador de interés, por lo que se refiere a los reglamentos. Y es que, como es notorio, la tutela jurídica contra tales reglamentos se lleva a cabo por la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de lo que ocurre con las normas de rango legal. Dicha jurisdicción contencioso-administrativa lleva a cabo, con toda normalidad, el control reglamentario, tanto si este contraviene una ley o un principio general del derecho administrativo como si vulnera la Constitución, afirmándose sin mayores problemas la legitimación del ciudadano por el recurso directo contra el reglamento o por la vía del recurso contencioso-administrativo contra el acto de aplicación.

Por eso es significativo observar ese posible reducto por donde puede entrar un amparo en este tipo de situaciones en que la vulneración se imputa a un reglamento, al margen del control que desarrolla la jurisdicción contencioso-administrativa.

Junto a las referencias expuestas, puede citarse la STC 141/1985 cuando confirma que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de los reglamentos procede en aquellos casos en que se aleguen derechos y libertades, siempre que la violación de los derechos y las libertades se origine directamente en la disposición reglamentaria desestimando el recurso de amparo.

En la STC 168/1985 se interpone recurso contencioso-administrativo contra resoluciones del Ministerio sobre adjudicación de parcelas a consecuencia de un procedimiento expropiatorio. Se examina el Reglamento y se concluye que es desigualitario, estimándose el recurso de amparo.

Como estamos apreciando, se trata de recursos de amparo que llegan al TC a través del cauce más “normal” del recurso de la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la STC 153/1994, en la jurisdicción contencioso-administrativa, se había observado la legalidad de un Real Decreto, examinando el Tribunal Constitucional la posible vulneración de derechos fundamentales del citado Real Decreto, si bien en este caso se desestima finalmente el recurso de amparo.

La STC 123/1984 afirma que no es el recurso de amparo una vía para sostener la inconstitucionalidad global o parcial de disposiciones normativas. En el recurso de amparo, el enjuiciamiento del reglamento solo procede cuando se aleguen derechos o libertades cuya violación se origina directamente en la disposición misma.

Puede citarse finalmente el ATC 319/1990 cuando corrobora que en todos estos casos lo procedente es el control del acto de aplicación del reglamento o del reglamento mismo en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que en vía de recurso de amparo el recurso se dirige contra la sentencia, aunque en el fondo el objeto de enjuiciamiento pueda ser el Decreto por vulneración de derechos fundamentales (puede verse también la STC 31/1984).

Así pues, en el caso de los decretos leyes, o de las leyes mismas, el planteamiento o la realidad constitucional se muestra de forma más natural que en el caso de las lesiones de derechos fundamentales procedentes de reglamentos, ya que, dentro de lo excepcional, el punto de interés está en el dato significativo de que el ciudadano pueda llegar a plantearse acudir directamente a la vía del amparo, sin intermediación de la jurisdicción contencioso-administrativa (pese a que también cabrá que la acción procesal haya pasado antes por el contencioso-administrativo, suscitándose el debate después en el TC, si bien pudiendo faltar de forma más palmaria el requisito del carácter autoaplicativo del recurso contra la norma en cuestión, desde el momento en que, si recurre a la jurisdicción administrativa, será generalmente por el hecho de estar recurriendo un acto, y si recurre un acto, es que no se dará el carácter autoaplicativo de la norma que precisa el éxito del amparo contra el decreto ley).

Tratándose de reglamentos, el criterio material o de fondo viene a ser el mismo, pero lo suyo será que la jurisdicción contencioso-administrativa haya sido la llamada a garantizar al particular de las lesiones que se produzcan en los derechos de los particulares, cuando la lesión jurídica provenga de un reglamento (pese a la vía que se abre del control contra la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciadora del reglamento, o contra este mismo).

3

Vías de defensa mixtas, constitucional/contencioso-administrativo, contra decretos leyes, en el marco de procesos contencioso-administrativos instados por particular legitimado, pero con un control de la norma legal por el TC

3.1

Pautas

Seguidamente se exponen las posibles vías de defensa del particular afectado por un decreto ley, de carácter igualmente constitucional, pero a través de la vía que el particular tiene disponible para conseguir el control de constitucionalidad de la norma legal, que no es otra que el contencioso-administrativo. Las opciones de un particular de controlar un decreto ley no pasan obviamente por interponer recursos de inconstitucionalidad, ya que no ostenta legitimación¹. Sus opciones pasan por abrir un cauce de defensa en la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, tampoco en esta jurisdicción el particular dispone de cauce natural alguno de defensa contra decretos leyes. En conclusión, las opciones de defensa pasarán por hacer valer en el caso concreto la posibilidad de introducir un proceso contencioso-administrativo, en relación con el cual pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

¿Qué opciones se abren, en este contexto, al particular?²

1. La vía principal de defensa contra un decreto ley es el recurso de inconstitucionalidad. Pero este tipo de sentencias del Tribunal Constitucional tienen su origen en recursos de inconstitucionalidad promovidos por Gobiernos o recurrentes legitimados para plantear un recurso de inconstitucionalidad, entre los que no se encuentran los particulares. Por poner algún ejemplo de tal elemental doctrina, puede citarse la STC 145/2017, resolviendo el recurso interpuesto por parte del presidente del Gobierno contra el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana, anulándose dicho Decreto-ley. Es decir, se declara la nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el sistema nacional de salud, citándose la STC 134/2017.

Otro ejemplo es la STC 150/2017, en el recurso de inconstitucionalidad 3418/2012, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Socialista del Congreso respecto del artículo 1 del Real Decreto-ley 15/2012 de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, concluyendo la ausencia de presupuesto habilitante para la reducción del número de miembros del consejo de administración en la Corporación RTVE. Igualmente, puede citarse la **STC 133/2019: se interpone por el Gobierno Vasco** recurso de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

2. En el fondo, estamos ante un sistema de equilibrios, abriendo algunos cauces procesales y cerrando otros, para lograr vías que permitan alguna defensa de los particulares, sin afirmar cauces generales de defensa donde no puede llegar el sistema de garantías.

Pues bien, las opciones pasan en principio por la preexistencia de un **acto administrativo** recurrible en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por su parte, la legitimación procesal no suscita tema de debate, ya que seguirá los cauces ordinarios del ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo.

Una primera situación es la relativa, pues, a casos en que lo inmediato es un acto administrativo que interesa recurrir a un particular, planteándose con toda naturalidad la lógica contencioso-administrativa. Y en el marco del contencioso se plantea la cuestión de inconstitucionalidad de oficio por el magistrado o por iniciativa de una parte recurrente.

Los asuntos de personal y en especial los de urbanismo parecen especialmente propicios a este tipo de control, en consideración a la proliferación de decretos leyes que se publican afectando derechos de particulares, por entidades cercanas al ciudadano (como son las comunidades autónomas), regulando determinados aspectos con una especial cercanía respecto al ciudadano, afectándolo muy directamente, en ámbitos geográficos además muy concretos, es decir, espacios donde se desarrolla por ejemplo una urbanización, pero donde es dictado un decreto ley con toda intención para bloquear la urbanización que se estaba desarrollando por motivos nuevos ambientales, por ejemplo conforme a nuevas sensibilidades sociales del lugar.

3.2

Ejemplos del control constitucional suscitado por el particular a través de un contencioso-administrativo

En el caso resuelto por la STC 106/2019 el particular había planteado un contencioso-administrativo **contra las bases específicas** que rigen la convocatoria para constituir una bolsa extraordinaria de aspirantes para proveer como funcionarios interinos plazas vacantes de Policía Local, ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Palma de Mallorca, recayendo sentencia desestimatoria de 7 de septiembre de 2017, por considerar el acto impugnado acorde a las previsiones contenidas en una norma con rango de ley válida y eficaz, como es la disposición transitoria segunda del Decreto-ley de las Islas Baleares 1/2017, de 13 de enero.

En la apelación, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares acuerda otorgar a las partes procesales trámite de alegaciones sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, respecto de la disposición transitoria segunda del citado Decreto-ley, por posible contradicción con el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, en materia del régimen estatutario de los fun-

cionarios públicos, de acuerdo con el artículo 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad, pero por el hecho de realizar una interpretación que salva la posible contradicción entre la norma estatal de contraste y las disposiciones autonómicas cuestionadas (artículo 41 de la Ley 4/2013 y disposición transitoria segunda del Decreto-ley 1/2017).

3.3

Recurso contra el acto administrativo suscitándose posible inconstitucionalidad por el presupuesto de la necesaria urgencia para aprobar un decreto ley

La STC 29/2015 arranca de un típico contencioso-administrativo en el que el particular solicita una licencia, planteándose un debate sobre la posible inconstitucionalidad del decreto ley llamado a ser aplicado como referencia reguladora del silencio positivo en cuestión (Real Decreto-ley canario 8/2011, en concreto su artículo 23)³.

En su Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad el órgano judicial, después de justificar con detalle los requisitos del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, entiende que no hay razón que pruebe la existencia de **razones de extraordinaria y urgente necesidad**. Y que por tanto podría no estar justificada constitucionalmente, *ex* artículo 86.1 de la Constitución, el uso en el presente asunto de la figura del decreto ley.

Esta tesis es finalmente compartida por el Tribunal Constitucional para estimar la cuestión de inconstitucionalidad y declarar inconstitucional y nulo el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, por infracción del artículo 86.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina en la materia y pone de manifiesto que el Gobierno no ha aportado una justificación suficiente que

3. En lo procesal, una vez concluidas las actuaciones y dentro del plazo para dictar sentencia, el Juzgado, por providencia, acordó, de conformidad con lo previsto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, por posible vulneración de los artículos 89.1 y 148.1.3 de la Constitución.

permita apreciar la existencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerida por el artículo 86.1 de la Constitución. Interesa este párrafo: “para que resulte legítimo usar la habilitación constitucional de la acción normativa de urgencia no basta con comprobar la existencia de una situación de inseguridad jurídica. Hace falta además esa incertidumbre venga cualificada por unas determinadas circunstancias singulares, cuya presencia es la que reclama y fundamenta su corrección urgente”.

Obviamente, interesa destacar esta situación, ya que es específico de la defensa contra decretos leyes el que pueda interesar alegar la vulneración de la Constitución de tal decreto ley, por este concreto motivo (de falta de presupuesto habilitante de urgencia del decreto ley), a diferencia de cuando la afección al particular se produce por una ley.

El juicio o debate de posible inconstitucionalidad que plantee el decreto ley podrá provenir de cualquier posible contravención de la Constitución. Un ejemplo de funcionamiento de esta realidad puede ser la sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2014, recurso 274/2009, cuando se recurre una resolución de aprobación definitiva de un plan y en el proceso contencioso-administrativo se suscita la cuestión de inconstitucionalidad del decreto ley, que finalmente se rechaza porque no se considera fundada la alegación de **vulneración de autonomía local**. No obstante rechazarse la inconstitucionalidad del decreto ley, se estima finalmente el recurso contencioso-administrativo porque las parcelas no deben incluirse dentro del ámbito de aplicación del plan recurrido.

En la práctica los decretos leyes parecen ser las normas “favoritas” del poder público para afectar los derechos de particulares muy concretos y localizados de forma directa⁴.

4

Juicios de constitucionalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa

Es evidente que, cuando se solicitan cuestiones de inconstitucionalidad, los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción contencioso-administrativa realizan juicios de inconstitucionalidad a efectos de determinar la procedencia o no de la cuestión planteada. En consecuencia, este tipo de enjuiciamientos no tienen anormalidad alguna en sede contencioso-administrativa.

4. Esta reflexión nos llevaría a la problemática de las leyes singulares; por todos, *vid.* J. A. MONTILLA MARTOS, “Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, 104, 2015, p. 269.

Es sabido que en nuestro derecho español no existe un control difuso a través del cual cualquier órgano judicial de la jurisdicción ordinaria desarrolle juicios de constitucionalidad propiamente dichos, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de nuestros Estados de Hispanoamérica, por influencia de Estados Unidos.

Pues bien, lo que queremos apuntar es que los juicios de constitucionalidad que realiza la jurisdicción contencioso-administrativa tienen una especial densidad, y que dicha jurisdicción no es extraña a este tipo de enjuiciamientos de inconstitucionalidad de leyes. Diríamos que a veces se desarrollan auténticos juicios sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes o los decretos leyes. Ello primero cuando se plantean cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero también, segundo, cuando estas se rechazan (al margen de los casos de inaplicación de ley por inconstitucionalidad sobrevenida –STS de 25 de mayo de 1999, rec. 1787/1995–). Evidentemente, es común también la actitud de desechar de forma extremadamente lacónica, e incluso a veces sin argumento alguno, las cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC planteadas por la parte recurrente en el otrosí de la demanda por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este tipo de contenciosos, pese al carácter revisor, se observa, como situación frecuente, que las posibles cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por el recurrente ante la jurisdicción contencioso-administrativa se plantean *ex novo* en estos procesos, sin haberse planteado necesariamente en la vía administrativa, lo cual tiene justificación porque es una cuestión jurídica que se plantea ante la propia jurisdicción contencioso-administrativa.

5

Opciones más allá de la lógica puramente contenciosa. Primero, fallos que estiman el recurso contencioso-administrativo contra el acto por considerar el decreto ley contrario a derecho. O, segundo, fallos que llegan a inaplicar un decreto ley por considerarlo contrario a la Constitución o al derecho comunitario europeo

Veremos seguidamente opciones más allá de la lógica puramente contenciosa, entendiendo por tal la referida hasta el momento, en el sentido de limitarse la jurisdicción contencioso-administrativa a realizar un juicio de inconstitucionalidad, a efectos de plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC.

Se trata, primero, de casos (de especial interés, como es obvio) en que el juicio de inconstitucionalidad, de la jurisdicción contencioso-administrativa,

conduce a la estimación del recurso contencioso-administrativo del particular recurrente, contra el acto administrativo objeto de recurso, por considerar inconstitucional el decreto ley, o por ser contrario al derecho europeo.

Y se trata, segundo, de casos (de especial interés, asimismo) en que el juicio de inconstitucionalidad, de la jurisdicción contencioso-administrativa, conduce a la inaplicación por inconstitucionalidad del decreto ley, o por ser contrario al derecho europeo.

Todo ello se produce sin intervención del TC.

Estas vías, además de su interés práctico, tienen un interés teórico, porque a mi juicio, de profundizarse en ellas, tendríamos incluso una vía de futuro, *lege ferenda*, para afirmar la jurisdicción contencioso-administrativa en todo ese ámbito referido a la tutela judicial en el ámbito de las relaciones jurídicas de particulares con los poderes públicos.

Se han dictado algunos pronunciamientos de indudable originalidad e impacto; de hecho, se revocan sentencias de instancias inferiores, inadmitiendo el recurso por falta de jurisdicción ante lo extravagante de lo planteado por el demandante, pese a que con una cierta autoridad el Tribunal Supremo se permite innovar judicialmente.

Primero, puede citarse la STS 131/2017, de 31 de enero de 2017⁵, cuando se declara la estimación del recurso contencioso-administrativo del particular recurrente, contra el acto administrativo objeto de recurso, por considerar inconstitucional el decreto ley, o por ser contrario al derecho europeo.

Se impugnan por el recurrente resoluciones administrativas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que según el Tribunal Supremo son perfectamente impugnables en la vía contencioso-administrativa. Siendo esto evidente, lo que ocurre es que el motivo de impugnación de estas resoluciones administrativas es que la norma con rango de ley en que se apoyan, es decir, el Real Decreto-ley 8/2014, es contraria al derecho de la Unión Europea y a la Constitución Española.

Interesante es observar las pretensiones de los justiciables en estos casos: inaplicación del Real Decreto-ley por esta Sala “por sí o después de planteada en su caso la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia”; o bien la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Se comparte por el Tribunal Supremo que, si esos juicios de nulidad fueran adversos a la validez de la norma, las resoluciones administrativas impugnadas carecerían de soporte jurídico y habrían de ser declaradas disconformes a derecho y anuladas.

5. Esta doctrina se refleja también en la STS de 7 de febrero de 2012 y en la STS de 19 de junio de 2017, rec.1531/2016.

El Tribunal Supremo rechaza que exista falta de jurisdicción, a diferencia de lo que había entendido por Auto el Tribunal Superior de Justicia, inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo **por falta de jurisdicción**, razonando que estos motivos no eran adecuados al contencioso-administrativo. Sin embargo, el Tribunal Supremo apunta que son dos resoluciones administrativas perfectamente impugnables en vía contencioso-administrativa, y que no existe en la Ley de jurisdicción ningún precepto que limite los motivos de impugnación. El objeto del proceso viene determinado por el acto o la disposición que se recurre, no por los motivos de impugnación que se utilizan. Se afirma que el artículo 26 de la Ley jurisdiccional admite con toda normalidad la impugnación de actos o disposiciones con base en la disconformidad a derecho de las disposiciones de que aquellos son de aplicación Y se razona que ningún precepto existe en el ordenamiento jurídico que excepcione de esa regla el caso de que la disposición en que aquellos se funden tenga rango legal, ni ninguna norma impide utilizar únicamente como motivo de impugnación la invalidez de la ley que sirve de cobertura. Por tanto, no es cierto que en estos casos lo impugnado sea la ley. Además, se añade que el recurrente no pide que la Sala declare la nulidad de las leyes en que se apoyan las resoluciones, sino que se anulen estas.

En conclusión, se revoca el Auto por el que se había admitido el recurso contencioso-administrativo por falta de jurisdicción. Otro motivo en que se apoya el Tribunal Supremo es que la jurisdicción contencioso-administrativa puede directamente inaplicar preceptos correspondientes a un real decreto-ley, como ha hecho la STS de 7 de febrero de 2012, recurso 419/2018, que pasamos a comentar, como ejemplo de la segunda incidencia que pasábamos a exponer inicialmente en este epígrafe.

En la **sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2018)**, con toda lógica contenciosa-administrativa en la Audiencia Nacional se había recurrido una orden (por la que se revisaban los peajes de acceso a partir del 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial).

Interesa observar la pretensión de la parte recurrente en este caso en que existe un acto administrativo y aquel basa su defensa en que el decreto ley no es conforme a derecho, a modo, diríamos, de un recurso contencioso-administrativo indirecto, en clave contenciosa.

Pues bien, según la pretensión de la recurrente, Iberdrola, lo que interesa es que se declare que una determinada regulación de la Orden recurrida **es inaplicable** por ser contraria a derecho comunitario, y subsidiariamente, en caso de no adoptarse dicho pronunciamiento, que se declare la nulidad de los preceptos por ser contrarios a la Constitución, solicitando como reconocimiento de situación jurídica individualizada el derecho de la empresa a ser indemnizada

por las cantidades abonadas, para financiar el bono social hasta la fecha de ejecución de la sentencia estimatoria que se dicte. Y en último término se solicita cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con objeto de que se determine si el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009 vulneran los artículos 9.3, 14 y 38 de la norma suprema.

En conclusión, la sentencia de 7 de febrero de 2012 estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional y declara inaplicados los artículos en cuestión del referido Real Decreto-ley 6/2000.

Otra referencia en este contexto es la STS 4985/2012, de 28 de junio de 2012, por la que el Tribunal Supremo declara que, si hay una **incompatibilidad entre una ley autonómica y una ley estatal**, “**el pleito puede resolverse dejando de aplicar una norma con rango de ley (la ley autonómica valenciana) y aplicar directamente la norma básica**, integrando el contenido de esta última de manera coincidente con la regulación que sobre la información pública establecía el TR de la Ley del Suelo de 1976 y el Reglamento de Planeamiento de 1978” (existe un voto particular que disiente de esta solución, considerando que en estos casos el Tribunal no puede inaplicar una ley, sino elevar cuestión de inconstitucionalidad, ya que la inaplicación solo procede con los reglamentos, pero no con normas de rango legal)⁶.

Bien es cierto que el TC a veces (así, STC 1/2017) ha sido tajante (estimando recursos de amparo) en el sentido de declarar que no cabe inaplicar una ley en estos casos (ni cuando una ley autonómica vulnere una ley estatal), sino que ha de plantearse cuestión de inconstitucionalidad. Y el propio Tribunal Supremo llega (en el ATS de 19 de diciembre de 2019, rec. 4124/2018) a estimar el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto reconociendo que la inaplicación que hizo en el proceso (de la ley autonómica) puede conllevar el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, dando trámite a las partes para que se pronuncien al respecto (igualmente, STC 81/2019; puede verse también el ATC 496/1989).

En este contexto pueden situarse las SSTS 1118/2020, de 10 de marzo de 2020, FJ 2; 952/2020, de 10 de marzo de 2020, y 1046/2020, de 18 de mayo de 2020. Se aprovecha por el TS para matizar el criterio que se había mantenido en relación con el recurso indirecto contra disposiciones con rango de ley. Se considera que son improcedentes los recursos de casación planteados, ya que se evidencia desconexión de la pretensión contra el acto y contra la ley, al pretenderse un enjuiciamiento general de la ley recurrida indirectamente⁷. Pero, en

6. Puede también verse la STC 66/2011, o la STC 4/1981.

7. “Este asunto es uno más de la larga serie de recursos que tienen por objeto la fiscalización casacional de sentencias en las que se ha enjuiciado la conformidad a Derecho de

general, se ponen de manifiesto limitaciones por la vía asimismo de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial⁸. En la STS de 18 de mayo de 2020 (rec. 5668/2017) se afirma: “la revisión atribuida a la jurisdicción contenciosa respecto de ‘la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, las disposiciones generales de rango inferior a la ley y los decretos legislativos cuando excedan de los límites de la delegación’ (art. 1.º LJCA), no alcanza a las leyes. En consecuencia, no pueden, no podemos los tribunales contenciosos examinar si la declaración de interés general de una obra hidráulica, declarada, como ha ocurrido en este caso del embalse de Biscarrués, en un Real Decreto-ley (1992), y dos leyes que lo reiteran (Ley 10/2001 y Ley 11/2005), está ajustada a derecho, pues es competencia del Tribunal Constitucional decidir acerca de la conformidad de las leyes a la Constitución”.

Finalmente, téngase en cuenta que, en el contexto de los decretos leyes del COVID, se ha entendido que los decretos por los que se declara o prorroga el estado de alarma tienen la consideración de normas con rango o valor de ley, lo que impide que el control de su validez corresponda a la jurisdicción ordinaria (puede verse A. RUIZ ROBLEDO, “Dos controles jurídicos mejor que uno”, en la Tribuna del Diario de Sevilla de 1 de mayo de 2020, <https://www.diariodesevilla.es/opinion/>

actos administrativos –o en algún caso, de disposiciones generales–, con el exclusivo fundamento en vicios o infracciones, no tanto propios del acto o disposición sobre el que recae la impugnación (el que debe ser identificado como recurrido en el artículo 1 de la LJCA), sino imputables a la Ley formal que sirve de fundamento y cobertura normativa a tales actos de aplicación. El problema es que, en determinados casos, como el que ahora nos ocupa, la desvinculación entre el problema de legalidad planteado con carácter general y abstracto, esto es, referido a la Ley fiscal, y el que presenta, en sí mismo, el acto impugnado, es total y absoluta, desnaturalizando la esencia misma del proceso contencioso-administrativo y, en lo que ahora debemos dilucidar, del recurso de casación”.

8. “Sin embargo, la impugnación experimenta un cambio cualitativo de perspectiva procesal cuando lo que se viene a poner en tela de juicio, tanto en el litigio de instancia como en la casación, es la norma con rango de ley que crea y ordena el tributo, y para cuya anulación directa son claramente incompetentes los tribunales de justicia y, en particular, los de este orden jurisdiccional, ya sea por motivos conducentes a su inconstitucionalidad, ya lo fuera por su eventual disconformidad con el Derecho de la Unión Europea (aun con ciertas diferencias de matiz entre uno y otro caso, en que no procede adentrarse). Es verdad que cabe, en nuestro proceso, respectivamente, tanto la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad como cuestión prejudicial ante el TJUE, pero entendemos que siempre bajo el presupuesto indeclinable de que lo que se somete a revisión no es una ley en sí misma considerada, evidentemente, sino un acto administrativo de los definidos en el artículo 1, en relación con el 25 LJCA, lo que significa que se trata de una previsión legal de reenvíos prejudiciales cuya finalidad no es la abstracta de que la ley formal se someta a un proceso integral de revisión, sino con la más modesta de decidir un pleito en que se suscita una pretensión directamente relacionada con los actos y disposiciones susceptibles de impugnación (artículo 31 LJCA). De ahí que sea fundamental el denominado juicio de relevancia, como relación de dependencia entre la validez –puesta, por hipótesis, en cuestión, de la norma con rango de ley, aplicable al caso– y la resolución del litigio cuyo centro de gravedad es, no puede ser de otro modo, un acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo o un reglamento o disposición general”.

tribuna/controles-juridicos-mejor_0_1460553987.html, en el cual el autor opina que tanto el TC como el TS deberían corregir su jurisprudencia de acuerdo con la cual los decretos por los que se declara o prorroga el estado de alarma tienen la consideración de normas con rango o valor de ley, lo que impide que el control de su validez corresponda a la jurisdicción ordinaria; también D. CÓRDOBA CASTROVERDE, “El control judicial de la declaración del estado de alarma y de los actos y disposiciones dictados en aplicación del mismo <https://revistas.elderecho.com/revistas/revistadejurisprudencia/judicial-declaracion-disposiciones-dictados-aplicacion_6_1499280001.html>”, *El Derecho*, mayo 2020).

6

El caso típico de las cuestiones de inconstitucionalidad en relación con leyes expropiatorias autonómicas

Este supuesto viene a ser, posiblemente, la muestra de laboratorio. O, cuando menos, un caso característico. Se trata de normas legales de contenido de puro derecho administrativo que afectan directamente a los particulares, y en torno a las que se complica la defensa. Son casos relevantes porque suscitan problemas de indefensión. Se suma el hecho de que el artículo 33 de la CE, derecho de propiedad, no sea susceptible de amparo. Se precisaría acaso de un especial desarrollo de estos casos, en atención a la intensa afección que producen y al carácter frecuente de la invocación de normas ambientales o territoriales que producen efectos expropiatorios. Quedan acaso sin juzgar estos asuntos adecuadamente, en parte por la inadecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa para examinar cuestiones de inconstitucionalidad, o más bien por su pereza de plantearlas ante el TC, o la sobrecarga de trabajo existente en la que aquellas además redundan. Los recurrentes se hartan de alegar este tipo de pretensiones que caen en el puro vacío, sin que nadie las enjuicie debidamente, ni el TC, donde no llegan (además de ser una instancia seguramente no apropiada para estos detalles indemnizatorios jurídico-administrativos), ni la jurisdicción contencioso-administrativa, que, al ver que se suscita un debate constitucional, directamente lo obvia. Es decir, sin perjuicio de algún pronunciamiento, no podemos ignorar la realidad más común.

Uno de ellos es la STC 48/2005, en relación con la Ley de Canarias 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de los edificios de una determinada calle de Tenerife, para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, por posible vulneración del artículo 33 de la Constitución. En el contexto de un contencioso

expropiatorio se suscita la cuestión de inconstitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es interesante esta sentencia porque estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que lo actuado es contrario al principio de proporcionalidad, bastando esta infracción para la anulación que se decreta⁹.

7

La vía posiblemente más accesible para el particular: los contenciosos de responsabilidad del Estado legislador donde se plantea la cuestión indemnizatoria que interesa, junto a la posible inconstitucionalidad o inaplicación del decreto ley

Interesa destacar este cauce procesal, de especial relevancia práctica, que pasa por la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial en el plazo de un año desde que los contenciosos se producen, esperar acto seguido a la resolución expresa o a los seis meses de silencio negativo y, finalmente, accionar en la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitando tal responsabilidad patrimonial. Vamos a apuntar tres incidencias, en este contexto de la defensa del particular contra un decreto ley.

Como **primera variante**, se trata, pues, de un contencioso-administrativo de responsabilidad por **Estado legislador**, cuyo contenido dependerá de los presupuestos generales de la responsabilidad patrimonial que rigen también estos contenciosos. Como siempre, exponemos algunos ejemplos de esta situación; así, la STS 1386/2019, de 16 de octubre de 2019: los particulares acuden al contencioso-administrativo solicitando responsabilidad patrimonial como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por la injustificada supresión del régimen retributivo de la

9. Y ello en tanto en cuanto “la realidad de los hechos demuestra que el legislador autonómico disponía de una pluralidad de edificios que al encontrarse ubicados dentro de la misma manzana edificatoria, parecían igualmente idóneos, al menos a primera vista, para conseguir hacer efectiva la ampliación de la sede parlamentaria, y dado que ha seleccionado exclusivamente alguno de ellos excluyendo los otros sin ofrecer ningún motivo que justifique de manera razonable tal decisión, ni pudiendo nosotros deducirlo a partir del contraste de unos y otros en punto a su idoneidad para el fin de la expropiación, pues para ello sería preciso un examen de la realidad fáctica que tiene mejor acomodo en el marco de la prueba practicable en un procedimiento judicial, *debe concluirse que la declaración de la necesidad de ocupación de los edificios número 5 de la calle Teobaldo Power y números 44 y 46 de la calle Castillo en Santa Cruz de Tenerife efectuada por el artículo 1.º de la Ley Canaria 2/1992 no puede satisfacer en el marco de nuestra jurisdicción el juicio de necesidad connatural al principio de proporcionalidad*”.

instalación de cogeneración que tenía reconocido el interesado conforme al Real Decreto 661/2007; el caso se estudia desde el punto de vista de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sin ninguna especificidad¹⁰.

Como **segunda variante**, puede mencionarse la relativa a casos en que **previamente a la acción de responsabilidad patrimonial se ha declarado inconstitucional** el decreto ley o la ley. Téngase en cuenta que la LRJSP 40/2015 distingue daños causados por leyes (en principio, tiene que haberse previsto en las propias leyes la cláusula indemnizatoria, pero la jurisdicción contencioso-administrativa viene permitiendo un contencioso directamente, pese a tal omisión legal) y los daños derivados de ley inconstitucional. Sobre esto último, un posible ejemplo es la STS 149/2020, de 17 de enero de 2020, estimando la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la declaración parcial de inconstitucionalidad del IIVTNU (plusvalía) tras examinar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial¹¹.

Como **tercera variante** exponemos los casos en que se plantea un recurso contencioso-administrativo de responsabilidad por Estado legislador, pero planteándose igualmente una cuestión de inconstitucionalidad contra el decreto ley. Por tanto, en el marco del proceso iniciado por responsabilidad patrimonial puede suscitarse posible cuestión de inconstitucionalidad. Ilustra por ejemplo la STS 149/2017, de 1 de febrero de 2017, pese a que confirme finalmente la sentencia recurrida del TSJ de Baleares, que deniega la responsabilidad patrimonial instada por el particular por los daños causados por un

10. Interesan casos en que se aprueba un decreto ley y el particular observa que le causa una afeción dañosa y quiere defenderse. Otro ejemplo es la STS de 21 de junio de 2013, rec. 6006/2011, desestimando la acción de daños causados por el Decreto-ley 1/2007, de 23 de noviembre, de medidas cautelares hasta la aprobación de normas de protección de áreas de especial valor ambiental para las Islas Baleares, ya que el Decreto-ley regula solo cautelarmente.

Igualmente, puede citarse la STSJ 271/2016, de Baleares, de 18 de mayo de 2016, de responsabilidad por daños por desclasificación de parcelas tras denegación presunta de solicitud tras aprobación de un decreto ley desclasificador de suelo.

11. Otro ejemplo de responsabilidad del Estado legislador **una vez que se declara un decreto ley inconstitucional** es la STS de 7 de octubre de 2011 (recurso 494/2009), de daños como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, declarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007. En lo procesal el particular interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de abril de 2009 denegando la reclamación, efectuada el 16 de mayo de 2007, de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados a la demandante como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarado inconstitucional; formalizando demanda en la que se terminó suplicando se dictara sentencia condenando a abonar, por el concepto que se reclama, una cantidad en concepto de responsabilidad patrimonial más los intereses. También declara indemnización por responsabilidad del Estado legislador, por norma declarada inconstitucional, la STS de 2 de junio de 2010, rec. 588/2008.

decreto ley que desclasifica el suelo. Es incluso en “conclusiones” cuando se pide se eleve cuestión de inconstitucionalidad frente al decreto ley, y se reitera en casación. Será recomendable plantear tal cuestión, si interesa, desde la vía administrativa para evitar riesgos procesales, es decir, cualquier atisbo de desviación procesal. El Tribunal Supremo afirma que no es impedimento, para ser enjuiciado en casación, el haberse interesado en conclusiones sobre la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que el juez de instancia realiza un enjuiciamiento sobre tal cuestión en la sentencia.

8

¿Y cuando no hay acto?

Las situaciones anteriormente comentadas aluden a casos en que existe un acto administrativo, que se recurre por el particular en la jurisdicción contencioso-administrativa para su anulación, suscitándose la posible cuestión de inconstitucionalidad del decreto ley. O aluden a casos de responsabilidad patrimonial en que se ejercita una pretensión de compensación de daños en el marco de la responsabilidad patrimonial contra el decreto ley.

Ahora bien, ¿y qué ocurre, al margen de estos casos, si no hay acto administrativo que recurrir?

Insistimos: ¿y qué ocurre cuando interese la inconstitucionalidad del decreto ley, o una defensa contra dicha norma de rango legal? Lo suyo será acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial si se puede¹²; y, si no se puede, intentar “crear” un acto, mediante la pertinente solicitud de una prestación y espera del tiempo de silencio, para la recurribilidad del decreto ley. Y, en este marco, es donde procedería ejercitar la pretensión de posible inconstitucionalidad para su elevación al TC, o la inaplicación del decreto ley en los términos estudiados, o la estimación del recurso anulando el acto aplicativo por ser inconstitucional el decreto ley, o pensar en la vía ulterior del amparo.

Un ejemplo en este contexto puede ser la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Valladolid) 401/2018, de 30 de abril de 2018: en este supuesto **se pide una autorización** para un festejo taurino tradicional que es denegada por la Administración, con lo que el

12. En los casos de responsabilidad patrimonial, se obvian los posibles problemas procesales, de existencia de un acto administrativo, porque la solicitud que se presenta reclamando daños iniciando un procedimiento provoca un acto expreso, o presunto, denegatorio, que se recurre sin problemas procesales.

particular recurre en la jurisdicción contencioso-administrativa la denegación de la solicitud. En fin, planteada en tal marco la cuestión de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares, no prospera, porque el Tribunal no la considera suficientemente fundada.

9

Recapitulación

A modo de conclusión puede incidirse en aspectos prácticos y en aspectos teóricos.

Sobre estos últimos¹³, la conclusión principal sería la posible consolidación de la tutela de la jurisdicción contencioso-administrativa en casos de inaplicación de decretos leyes (sobre todo autonómicos expropiatorios) por ser inconstitucionales, así como en casos de anulaciones de actos aplicativos por ser inconstitucional el decreto ley mismo.

Se observa, en efecto, la necesidad de desarrollo de la tutela de los ciudadanos contra leyes, pero en especial contra decretos leyes autonómicos que se dictan pensando en un grupo determinado de personas, que, por ser expresivos, pueden situarse incluso a pocos kilómetros del Parlamento regional que dicta el decreto ley en cuestión.

13. Por su parte, a efectos prácticos podemos destacar estas posibles soluciones: 1. El recurso de amparo directamente ante el TC sería planteable, si se trata de un decreto ley autoaplicativo, es decir, sin actos de aplicación. Pese a darse este presupuesto complejo, sin embargo, podrá fallar el requisito de la vulneración del derecho fundamental; el derecho de propiedad (art. 33 CE) está fuera de los susceptibles de amparo. Quedaría la vía abierta para invocar otro derecho fundamental. 2. Tampoco será posible el recurso de inconstitucionalidad por no estar, dentro de los legitimados, los particulares. Las vías de tutela pasarán por la inconstitucionalidad a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. 3. El recurso contencioso-administrativo que interesará tendrá como vía más adecuada la reclamación de responsabilidad patrimonial. Para ello, sencillamente, habría que plantear una solicitud contra el decreto ley o acto de convalidación ulterior, cuantificando los perjuicios económicos. En dicho recurso contencioso-administrativo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, se plantearían estas pretensiones en concreto: *–responsabilidad patrimonial; –inaplicación, por inconstitucionalidad, del decreto ley (la vía del contencioso indirecto contra el decreto ley en cambio no será posible si no hay acto de aplicación); –cuestión de inconstitucionalidad a elevar al TC.* 4. De no apreciarse la posibilidad de la cuantificación de daños, habría que valorar la opción de crear un acto administrativo, por la vía de la solicitud de una autorización en relación con algún derecho que interese ejercitar y que el decreto ley impida. Esta vía finalmente podrá ser ejercitada acumuladamente a la anterior, o por separado. Y en tal contencioso se podrían plantear las opciones que acaban de ser enumeradas.

De lo que se trata, en general, es de consolidar criterios a través de los cuales la jurisdicción contencioso-administrativa pueda tutelar a los ciudadanos cuando un decreto ley o una ley lesione un derecho de un particular, y pueda ser inconstitucional la norma en cuestión. O bien se normaliza la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, o bien, en mi opinión mejor, se consolidan los criterios en la propia jurisdicción contencioso-administrativa, para que no se trate de dos muestras jurisprudenciales de museo, sino de precedentes de aplicación real, en estos dos casos a los que cabe proponer la normalización del contencioso-administrativo: inaplicación del decreto ley por ser inconstitucional, o bien anulación del acto aplicativo por ser inconstitucional o contrario a derecho europeo el decreto ley mismo. Se trataría, pues, de consolidar la jurisdicción contencioso-administrativa en todo este ámbito de las relaciones jurídicas de los particulares con el poder público en general, una vez se comprueba por cualquiera que para el TC no tienen relevancia constitucional.

El Tribunal de Recursos Contractuales¹

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

Doctor en Derecho. Funcionario con habilitación nacional

1. Introducción

2. El Tribunal de Recursos Contractuales

- 2.1. Elemento objetivo: características
 - 2.1.1. Órgano administrativo o jurisdiccional
 - 2.1.2. Unipersonal o colegiado
 - 2.1.3. Independencia
 - 2.1.4. Profesionalización
- 2.2. Multiplicidad de tribunales. Su clasificación
 - 2.2.1. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Elementos orgánicos
 - 2.2.2. El tribunal administrativo de recursos contractuales en las comunidades autónomas: órgano unipersonal o colegiado. Elementos orgánicos
 - 2.2.3. Tribunal administrativo de recursos contractuales en las corporaciones locales. Consideraciones críticas
 - 2.2.4. Órganos de control externo: el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas
 - 2.2.4.1. El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo autonómicos
 - 2.2.4.2. Las Cortes Generales y el Defensor del Pueblo
 - 2.2.5. Las universidades públicas y los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública (PANAPS)
- 2.3. Elemento subjetivo: sus miembros
 - 2.3.1. Sistema de nombramiento: méritos y capacidad
 - 2.3.2. Causas de abstención y recusación

3. Conclusión

Artículo recibido el 26/04/2020; aceptado el 10/07/2020.

1. Este trabajo forma parte de mi tesis doctoral: “El recurso especial en materia de contratación: instrumento de protección al licitador y mecanismo de vigilancia a la Administración en la contratación pública”, defendida en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, de la Universidad de Castilla-La Mancha, el 12 de junio de 2019.

Resumen

Este trabajo estudia cómo la contratación pública encuentra una atención especial desde las instalaciones de la Unión Europea, que ha provocado la obligación de los Estados miembros de disponer de un medio de control y protección en este sector. Instrumento que es el recurso especial en materia de contratación, para cuyo desarrollo se constituye una institución caracterizada en España por su naturaleza cuasijurisdiccional y sus funciones para restablecer la situación jurídica individualizada, así como porque su composición subjetiva se caracteriza por las notas de la imparcialidad e independencia funcional, por la especialización de sus miembros, presidente y vocales, así como por la tendencia hacia su necesaria profesionalización, con la que garantizar la rapidez y eficacia del recurso especial.

Palabras clave: *tribunal; recurso especial; contratación pública.*

The Administrative Tribunal of Contractual Appeals

Abstract

This article studies how public procurement receives special attention from the standpoint of the European Union, which obliges Member States to have a special monitoring mechanism in this field. This mechanism is the special appeal in the matter of public procurement. The Administrative Tribunal of Contractual Appeals is in charge of this special appeal and it is a quasi-jurisdictional body which is able to restore the specific legal situation of the contractor. Its composition is characterized by the impartiality, functional independence, specialization, and professionalization of its members, all in view of guarantee a fast and efficient appeal.

Keywords: administrative tribunal; special resource; public procurement.

1

Introducción

Si es previsión constitucional la garantía de la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la ciudadanía está en la obligación y el derecho de exigir la eliminación de cualquier forma de manipulación y corrupción, que se hace realidad al existir mecanismos de control en la ac-

tuación contractual, que van más allá del recurso contencioso-administrativo, siendo un sector clave la contratación pública para promover el crecimiento económico, la creación de empleo, la competitividad y la reducción de las diferencias de desarrollo.

El impulso comunitario hacia la creación en los Estados miembros del recurso especial, tiene su origen en la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (Directiva de recursos), que obligaba a regular y aprobar un régimen de recursos en materia contractual, con dos notas: ser rápido y eficaz, regulado hoy en la Ley de Contratos del Sector Público, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, 2014/24/UE, sobre contratación pública, y 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (LCSP2017), y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RD 814/2015).

Para la realización efectiva de este instrumento de control, desde la dimensión subjetiva y orgánica, deben analizarse dos aspectos: la legitimación y los órganos encargados de su resolución.

2

El Tribunal de Recursos Contractuales

2.1

Elemento objetivo: características

2.1.1

Órgano administrativo o jurisdiccional

Para la rapidez y eficacia del recurso especial en materia de contratación, España optó por crear tribunales administrativos² con facultades de plena juris-

2. GIMENO FELIÚ, José María, “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón). ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (coords.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 25-138.

dicción, con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada, que gozan de imparcialidad e independencia funcional y están especializados en la resolución del recurso especial, que, en sede estatal, toman forma del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), adscrito al Ministerio de Hacienda³, responsable del procedimiento del recurso.

La necesidad de respetar esa imparcialidad e independencia por el órgano de contratación, exigida por las directivas 89/665/CEE y 2007/66/CE, llevó a la Ley 34/2010 a la designación de estos nuevos órganos, y ello permitió a MORENO MOLINA⁴ referir concretamente el Dictamen motivado 260 2190/2002, como consecuencia del incumplimiento por el Gobierno español de la sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, de la Comisión Europea, que señaló que “la LCSP no permitía recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación, pues ha de presentarse ante el órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano está adscrito”; lo que con precisión fue calificado por el profesor de “especialmente preocupante”, si se tiene en cuenta que los licitadores excluidos que deseen recurrir una decisión de adjudicación provisional están obligados a interponer este recurso especial antes de poder acudir a la vía contencioso-administrativa. Así, el artículo 2.9 de la Directiva 89/665/CEE, con apoyo en la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 4 de febrero de 1999, As. C-103/97, Josef Köllensperger, apartados 27 y 29), indujo a la reflexión de BERNAL BLAY⁵, sabiendo que solo el órgano jurisdiccional, en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, puede revisar las decisiones del primero a la conclusión del procedimiento de recurso, resultando que “el Tribunal de Justicia ha confirmado que los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. Una primera solución consistiría en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos

3. Artículo 12.11 del Real Decreto 1113/2018, de 7 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda, que señala al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales adscrito al Ministerio de Hacienda a través de la Subsecretaría.

4. MORENO MOLINA, José Antonio, “La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos y su incidencia en Castilla-La Mancha”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 49, 2010, p. 110.

5. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las comunidades autónomas”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 26, junio de 2011, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, p. 12: “El hecho de que el segundo párrafo del apartado 9 del artículo 2 de la Directiva se refiera a ‘... esta instancia independiente...’ (en singular) entendemos que lo es ‘... al órgano jurisdiccional (también en singular) en el sentido del artículo 234 del Tratado CE, que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso’ y que debe poder revisar (o él o un órgano jurisdiccional) las decisiones del órgano encargado de resolver el recurso, cuando se haya optado por atribuir la competencia para ello a un órgano no jurisdiccional”.

de naturaleza jurisdiccional. Por el contrario, también cabría la opción de atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza (jurisdiccional), en cuyo caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 –ahora en el apartado 9 de ese mismo artículo tras la modificación operada por la Directiva 2007/66-”.

Por tanto, la previsión de la Directiva 89/665 en su artículo 2.9 sobre la naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional del Tribunal de Recursos fue resuelta por la STJUE de 4 de febrero de 1999, Josef Kollensperger y Atzwanger, apartado 29, C-103/97, en la que se reconoció esa doble opción que señala la Directiva de recursos para la configuración del órgano. Eso sí, de optarse, como en España, por la naturaleza de órgano administrativo, este tiene que gozar de independencia del poder adjudicador y de cualquier órgano que intervenga en el procedimiento de contratación o del que aquel dependa. Esto justificó la postura de ser nota esencial del recurso especial para GARCÍA-VALDECASAS⁶: su caracterización como recurso administrativo, que, aunque no aparece, es su denominación legal, se deduce de un “somero examen de la regulación a que lo somete la ley”, sin que la STJUE de 6 de octubre de 2015, asunto 203/2014, Consorci Sanitari del Maresme, ni la STJUE de 21 de marzo de 2000 sobre el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, que, en base al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, reconociera la condición de jurisdiccional al Tribunal Catalá de Contractes del Sector Públic, alteren “en absoluto la naturaleza del recurso de que estos conocen, que, pese a ella, sigue siendo un recurso administrativo”.

Además expresamente se reconoce la independencia y responsabilidad en la actuación de los miembros del TACRC en el artículo 7 del Real Decreto 814/2015, quienes tienen obligación de asistir, deliberar y votar (salvo afectarles causas de abstención, hoy reguladas en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) en las sesiones a las que sean convocados, adoptándose acuerdos por la mayoría, con voto de calidad del presidente en el caso de empate, y en las que el secretario general asistirá con voz pero sin voto; amén de que si algún miembro quisiera disentir podrá formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas, que se unirá a la resolución.

6. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José, “El recurso especial en materia de contratación. Órganos encargados de su resolución”, en GIMENO FELIÚ, José María (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, primera edición, Thompson Reuters ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 602-603.

A lo que sumar la eficacia de la resolución que se adopte, para lo que el artículo 2.8 de la Directiva 89/665 afirma que “los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz”, que deberá ser interpretado en el sentido de no imponer “a los Estados miembros la obligación de establecer también a favor de las entidades adjudicadoras un medio de recurso de carácter jurisdiccional contra las decisiones de los organismos de base, de carácter no jurisdiccional, responsables de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos. Sin embargo, esa disposición no impide que los Estados miembros prevean, en su caso, en sus ordenamientos jurídicos dicho medio de recurso a favor de las entidades adjudicadoras” (STJUE de 21 octubre de 2010).

Por lo que hace a la postura de la jurisprudencia comunitaria, analizando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 267)⁷, la STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, determinó que los órganos de recursos contractuales de España son órganos jurisdiccionales, por disponer de carácter contradictorio del procedimiento, independencia y carácter obligatorio de su jurisdicción. En definitiva, para ser conformes a las exigencias comunitarias, debemos tender a conseguir “órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones”. No obstante, ya he señalado que, “con anterioridad a la Sentencia Consorci Sanitari del Maresme de 2015, el TJUE ha vuelto sobre la misma cuestión en otras cuatro ocasiones. Es bastante significativo que todos los pronunciamientos aprecien el carácter “jurisdiccional” de los órganos administrativos de control de la contratación pública. Ahora bien, todos los supuestos tienen en común que se trata de órganos colegiados, integrados por funcionarios especializados y presididos –en algunos sistemas– por un miembro de la carrera judicial, que –en otros– cuentan con representantes de las organizaciones económicas y profesionales y que –en todos ellos– ejercen sus funciones con independencia, sin estar sometidos a ningún tipo de instrucción⁸.

7. LÓPEZ MORA, Eugenia, “Alcance y naturaleza jurídica de las resoluciones y acuerdos de los tribunales y órganos resolutorios de recursos especiales en materia de contratación”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.213/releategoria.121/relmen.3/chk.069cef9af04e1b4b3ca4d53bc4887797>.

8. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, “Sobre la controvertida naturaleza ‘jurisdiccional’ de los tribunales administrativos de recursos contractuales”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 2016, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2016, pp. 503 y 504; STJ de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, Asunto C-27/98, recaída con ocasión de la cuestión preju-

Otra opinión doctrinal⁹ que podemos apuntar se encuentra fundada en el artículo 21.3 LJCA¹⁰, de manera que sea considerado, a pesar de tener naturaleza administrativa, que estos tribunales puedan tener además carácter “cuasijurisdiccional”.

En fin, nuestro ordenamiento jurídico¹¹, a través de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se cumplía con la STJUE de 3 de abril de 2008, por un nuevo recurso potestativo “ante un órgano independiente de carácter administrativo formado por expertos en derecho administrativo y contratación pública”, optó, según GIMENO FELIÚ¹², por “crear tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización”, manifestándose en el contenido de la resolución final. La novedad es ciertamente relevante, tanto desde un plano dogmático como de gestión práctica.

2.1.2

Unipersonal o colegiado

La colegialidad del TACRC surge de la literalidad del artículo 45.1 LCSP2017, al prever su composición por un presidente y un mínimo de dos vocales. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros, podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje. Empero en sede del órgano competente de las comunidades autónomas, en el artículo 46.1 LCSP2017, se habilita sea uni-

dicial planteada por la Comisión de Recursos en materia de contratos públicos de Dinamarca –Klagenævnet for Udbud–; STJ de 18 de junio de 2002, HI, Asunto C-92/00, sobre la Comisión de control de las adjudicaciones del Land de Viena –Vergabekontrollsenat des Landes Wien–; STJ de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact, Asunto C-465/11, relativa a la Junta Nacional de Apelaciones en materia de contratos de Polonia –Krajowa Izba Odwoławcza–; y STJ de 18 de septiembre de 2014, Bundesdruckerei, Asunto C-549/13, en relación con el Tribunal de contratación pública del distrito alemán de Arnsberg –Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg–.

9. SANTIAGO FERNÁNDEZ, María José, “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”, *Revista Auditoria Pública*, n.º 66, 2015, p. 113.

10. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1988, de 13 de julio)*, tomo I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, pp.576-577.

11. GIMENO FELIÚ, José María, “Notas sobre el Recurso Especial y su finalidad y las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: su doctrina”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 162 y 168.

12. GIMENO FELIÚ, José María, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, ponencia en el X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), Madrid, 6 febrero 2015, pp. 34-35.

personal, al sentar que “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 que sean de su competencia”, contemplando el artículo 2.9 de la Directiva 89/665 se expresa en términos de pluralidad de sus miembros.

No obstante la regulación inicial de algunas comunidades autónomas como órganos unipersonales, a saber, Andalucía, País Vasco, Canarias y Cataluña, es partidaria la doctrina, representada por SANTAMARÍA PASTOR¹³, por un “sistema de órgano colegiado impuesto por razones de seguridad jurídica, tanto por la complejidad técnica del objeto del recurso especial como por la necesidad del contraste de pareceres jurídicos de expertos en la materia contractual, que contribuya a afirmar esa tan necesaria seguridad y con él la validez y eficacia del recurso especial como instrumento de control y por permitir esta colegialidad hacer más viable la independencia del órgano frente a los licitadores y frente a la Administración”.

2.1.3 Independencia

Los tribunales encargados de la resolución de los recursos especiales precisan del rasgo propio de la independencia para que el instrumento del recurso especial sea realmente mecanismo de control y condición imprescindible para la seguridad jurídica en el procedimiento pretendido en la Directiva 89/665.

Así, en el artículo 2.9 de esta Directiva se recogió que este órgano fuera independiente en relación con el poder adjudicador y con el órgano de recurso, así como que “el nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Esta instancia independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes”. En cualquier caso, concretó SANTIAGO FERNÁNDEZ, “en caso de optar por la configuración del órgano encargado de resolver el recurso especial como órgano administrativo, opción que ha seguido el

13. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Los Recursos Especiales en Materia de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 63.

sistema español, dicho órgano tiene que ser en todo caso independiente del poder adjudicador y de cualquier órgano que intervenga en el procedimiento de contratación o del que aquel dependa”¹⁴. En su artículo 2.3 la Directiva vuelve a remarcar esta independencia, al afirmar que, “cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso”; y, según su artículo 2 quinquies 1: “Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano”.

De la regulación contractual se pueden obtener características de este Tribunal administrativo de contratos señaladas por PARDO GARCÍA-VALDECASAS¹⁵. Es un órgano, no un organismo, resultando que carece de personalidad jurídica propia, integrándose en la estructura de la Administración del Estado como un órgano más, si bien recalando que la utilización del término “adscrito” en lugar de “integrado”, sin duda, “responde a la intención del legislador de poner de manifiesto, ya desde este plano, la plena independencia de actuación que debe tener el Tribunal”, siendo tres notas que pueden considerarse trascendentales para calificar un determinado órgano como independiente: ausencia de control por otros órganos pertenecientes a su propia estructura, por los órganos de carácter político y, finalmente, por las partes en el procedimiento.

Respecto a esta característica de ser un órgano independiente en cuanto a la entidad que haya dictado el acto recurrido, se configura como requisito para lograr la eficacia del recurso. A ello hace referencia la normativa comunitaria, caso de la Directiva 89/665 en sus artículos 2.3 y 2.9 y de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, que en su considerando número 22 señala que “el órgano de recurso independiente del poder adjudicador o de la entidad contratante debe examinar todos los aspectos pertinentes para establecer si razones imperiosas de interés general requieren que se mantengan los efectos del contrato”, en los supuestos en que se declare su

14. SANTIAGO FERNÁNDEZ, María José, “Los tribunales administrativos...”, *op. cit.*, p. 110.

15. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José, “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 21 a 24.

ineficacia; e igualmente en su artículo 2.3, al aludir a que, cuando se someta “a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso”.

2.1.4 Profesionalización

Previsiones comunitarias vienen llamando desde hace tiempo la atención sobre la trascendencia y extensión que la contratación pública supone para toda la sociedad actual. Los fondos que se manejan suponen para países como España que llegue a representar el 18,5 % de su PIB nacional, y con un gasto anual de aproximadamente el 14 % del PIB de la UE, de manera que la contratación pública puede contribuir a afrontar muchos de los principales retos de Europa, especialmente la consecución de un crecimiento sostenible y la creación de empleo¹⁶.

Pues bien, vista la dimensión económica de este sector público, era imprescindible que en la composición de los tribunales de contratos se exigiera la profesionalización de sus componentes. Esta exigencia fue puesta de manifiesto en la Recomendación de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2017¹⁷ sobre la profesionalización de la contratación pública, en la que se fijó que “el objetivo de la profesionalización de la contratación pública es reflejar la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación. Abarca también las herramientas y el apoyo, así como la arquitectura político-institucional necesaria para realizar el trabajo de forma eficaz y obtener resultados”. En esta Recomendación, pues, se instaba a los Estados miembros al desarrollo y a la aplicación de políticas de profesionalización, a “fin de aumentar el perfil, influencia, impacto y reputación de la contratación pública en la consecución de objetivos públicos”.

16. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, Madrid, 2015, p. 3, www.obcp.es, 24/02/2015. Y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”, de 3 de octubre de 2017.

17. Recomendación de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública.

Esta Recomendación trata de salvaguardar la profesionalización, como veremos a continuación, al fijarse por ley los requisitos de formación y de experiencia para ser presidente y vocales, aunque con diferencias en la regulación estatal y autonómica que merecen ser remarcadas.

Así, la titulación en Derecho (aunque sorprenda que solo se exija al presidente titulación que acredite formación jurídica y no a los vocales), “con título de licenciado o de grado” para los vocales y “título de licenciado o grado en Derecho” para el presidente (artículo 45.2. y 3 LCSP2017); así como experiencia en el sector, por haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. En cuanto a la diferencia de titulación para presidente y vocales, según SANTAMARÍA PASTOR¹⁸, al no considerarla descuidada, sino “buscada de propósito, es, obviamente, disfuncional, porque difícilmente puede elaborar resoluciones fundadas en Derecho (y tan complejas como son los asuntos a las que se refieren) quien carezca de profundos conocimientos jurídicos; y es también un tanto absurda, porque no se explica cómo alguien que carezca de esta titulación haya podido trabajar más de quince años en temas jurídico-administrativos relacionados con la contratación pública”. A lo que añadió, al analizar las regulaciones autonómicas, resultando tantas disparidades como tribunales autonómicos propios, “la singularidad de las normas catalana y vasca en el punto de la pertenencia funcional”. En Cataluña, el Decreto 221/2013 (artículo 6.1) exige para tal nombramiento ser funcionario de la Generalitat de Cataluña, o equivalente de la Administración local de Cataluña, y en iguales términos, en el País Vasco, la disposición adicional octava, apartado 8, de la Ley 5/2010.

La profesionalización fue objeto de especial atención y preocupación en Aragón, toda vez que la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón¹⁹, con este objetivo, sufrió una importante modificación en su artículo 18, regulador de la composición del Tribunal, redactándose por el número uno del artículo único del Decreto-ley 3/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón –TACPA– (BOA de 26 de junio). Haciéndose eco de los objetivos de la Recomendación de la

18. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “El sistema de tribunales administrativos de recursos contractuales”, *ASAMBLEA. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 32, junio 2015, pp. 69, 70 y 76.

19. GIMENO FELIÚ, José María, “Se publica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público. Alcance y significado (Hacia la simplificación administrativa y la eficiencia en la gestión)”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.23/recategoria.1062/reلمenu.3/chk.564e3966f24225f9ea779aa4fa610889>, 11 de mayo de 2011.

Comisión Europea de 3 de octubre de 2017, reguló esta composición para “re-pensar la arquitectura jurídica del órgano de control y muy especialmente, evitar una fragmentación indebida del control debida a la proliferación de órganos de control”, buscando con estas propuestas avanzar hacia una mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral, lo que aconseja analizar las ventajas de resucitar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes “adscritos” al Parlamento correspondiente. Se solucionaría así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa a una Administración, se reforzaría su naturaleza de órgano jurisdiccional (artículo 237 TFUE), se racionalizaría la planta de estos órganos y se lograría en definitiva “un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador”²⁰. Al respecto, LÓPEZ MENUDO²¹ alentó la forma de actuar de la que denominó la “Administración del porvenir” –es decir, la del mañana y próspera a la vez–, que para ser útil para el ciudadano debe estar conformada para ser “una Administración muy profesional, fiable y previsor de riesgos y conflictos sociales”, y con “personal experto que acredite cumplidamente el mérito y la capacidad, no la pertenencia a unos colores”, pues precisamente esa profesionalización es la que se necesita en los tribunales administrativos de recursos contractuales.

La profesionalización es el factor clave que garantizará la independencia del funcionamiento del tribunal de contratos, así como la calidad de sus resoluciones, y que habilitará una necesaria coordinación y unidad de criterios que implante la necesaria confianza en la figura del recurso especial. Sobre esta necesaria coordinación, la disposición adicional vigésima tercera LCSP2017 regula la coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación en estos términos: “los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos”.

La necesaria profesionalización se impone por la complejidad de la propia materia de la contratación pública, para “conocer a fondo los vericuetos de esta regulación y, sobre todo, saber aplicarla, saber si se está aplicando con la

20. GIMENO FELIÚ, José María y MORENO MOLINA, José Antonio (dirs.), “Propuesta de modificaciones y mejoras al Anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en Aragón”, www.obcp.es, 23 de abril de 2018, pp. 6, 14, 24, 26 y 27.

21. LÓPEZ MENUDO, Francisco, “La vieja cláusula ‘sin perjuicio de tercero’ y la Administración del porvenir”, *Revista de Administración Pública*, n.º 191, Madrid, mayo-agosto 2013, p. 479.

destreza y habilidad debida, o cómo ha de interpretarse, que no se logra si no se cuenta con una intensa familiarización con el sector y una considerable experiencia práctica. Así, conocer el régimen de revisión de precios de los contratos, notablemente afectado por la aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española; saber si los criterios de adjudicación de un contrato definidos en el pliego son objetivos, si se han incluido juicios de valor improcedentes o si puede afectar a la adecuada ponderación de las ofertas el empleo de según qué tipo de fórmulas matemáticas en los mismos; conocer a fondo qué es el ‘coste de ciclo de vida’ de un contrato; saber cómo se pueden fijar fórmulas para identificar ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas cuando se adjudica el contrato utilizando varios criterios; qué es una oferta anormalmente baja con viabilidad no acreditada; saber si la ‘experiencia’ se está exigiendo auténticamente como criterio de solvencia profesional; cuando una ‘división en lotes’ puede hacerse...”²², además de la preocupante “motorización legislativa” también en este sector administrativo.

2.2

Multiplicidad de tribunales. Su clasificación

2.2.1

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Elementos orgánicos

Estos nuevos órganos son, en sede estatal, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), tribunal administrativo independiente, adscrito hoy al Ministerio de Hacienda, y, en el ámbito autonómico, los órganos que regulen las comunidades autónomas en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 LCSP2017. Regulación que hay que acompañar con la prevista en el art. 2.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre²³.

Es una novedad respecto a la regulación precedente que la designación del presidente y de los vocales ahora se realiza por el Gobierno a propuesta conjunta del ministro de Hacienda y Función Pública y del ministro de Justicia,

22. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “El Recurso Especial en materia de Contratos Públicos: En la senda del derecho a una Buena Administración”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 2016, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2016, p. 345.

23. MELÓN PARDO, Carlos, “Breves notas sobre los aspectos esenciales del Real Decreto 814/2015, regulador del procedimiento del recurso especial en materia de contratación”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.223/releategoria.208/relmen.3/chk.8cefc0021934a1cfc35c1ee8535051cd>.

y no por el Consejo de Ministros (apartado cuarto); a instancia del Consejo de Estado se incluye la sentencia firme a la condena, en la letra e) del artículo 45.4, como causa de remoción, y mientras se establecía que la “primera renovación del Tribunal se hará de forma parcial a los tres años del nombramiento. A este respecto, antes de cumplirse el plazo indicado se determinará, mediante sorteo, los vocales que deban cesar”, ahora, en el artículo 45.5 LCSP2017, se especifica la situación administrativa de servicios especiales dentro de su cuerpo de origen, en que se encontrarán presidente y vocales durante el tiempo que se hallen prestando servicio en el Tribunal. Es nuevo también que en su composición se incluya, en el apartado séptimo, con voz pero sin voto, al secretario general, además de que el Tribunal contará con los servicios administrativos precisos para su funcionamiento, aplicando la legislación reguladora de la Función Pública para el nombramiento de estos miembros, el secretario general y el personal administrativo. Y sin perjuicio de velar por las disposiciones relativas a órganos colegiados contenidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en la constitución y el funcionamiento del Tribunal.

Y, por último, destacar la disposición adicional vigésima novena, sobre el régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y entidades contratantes adscritas a ella, de la LCSP2017, al prever que, “aumentando el volumen de asuntos a conocer y resolver el TACRC, podrán constituirse tribunales administrativos territoriales de recursos contractuales con sede en cada una de las capitales de comunidad autónoma, con la competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 44 LCSP2017, interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los organismos y las entidades dependientes de la misma que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente comunidad autónoma”, y con el mismo sistema de nombramiento que el TACRC para el presidente y los vocales, aunque variando que se exigirán diez años de antigüedad y no quince, siendo vía reglamentaria el incremento del número de sus vocales.

Estamos ante un órgano creado –concretará GIMENO FELIÚ²⁴– “tras haber descartado la posibilidad de atribuir la competencia para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (opción preferida por el Consejo de Estado) o de crear una Sala especial dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central. La principal característica de este nuevo Tribunal

24. GIMENO FELIÚ, José María, “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones públicas. Balance y prospectiva”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 47, 2013, pp. 91-92.

Administrativo será su independencia funcional (tanto del órgano como de sus miembros) en el ejercicio de sus competencias, independencia que se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros (artículo 45.4 LCSP 2017) por lo que solo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente establecidas. Esa independencia del órgano encargado de resolver el recurso respecto del órgano que dictara el acto recurrido fue una reclamación constante de la Doctrina desde un principio”, llegando incluso el profesor GIMENO FELIÚ a proponer de “lege ferenda”, por su especialización en la materia e independencia, a las juntas consultivas de contratación administrativa estatal y autonómicas como los órganos idóneos para conocer de los recursos en materia de contratación pública.

Cuando los órganos que hayan de conocer los recursos no sean de carácter jurisdiccional, la normativa europea exige que no solo el nombramiento, sino también la duración del mandato y las condiciones de revocabilidad de los miembros del órgano administrativo, sean equiparables a las de los jueces. A estos efectos, respecto a la cualificación, señaló LAGUNA DE PAZ²⁵ que la normativa europea y estatal exige, como mínimo, que el presidente del órgano ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias a resolver. “En realidad, podría exigirse la capacitación jurídica de todos sus integrantes, ya que se trata de un órgano especializado en la resolución de recursos administrativos, en los que no se ventilan cuestiones de oportunidad, sino de estricta legalidad”.

2.2.2

El tribunal administrativo de recursos contractuales en las comunidades autónomas: órgano unipersonal o colegiado. Elementos orgánicos

Para conocer la regulación y organización de los tribunales de contratos en las comunidades autónomas, no obstante su diversa denominación, comenzaremos con la previsión establecida en el artículo 2.3 del Real Decreto 814/2015: “Los tribunales u órganos administrativos creados por las comunidades autónomas para resolver los procedimientos a que se refiere este Reglamento, se regirán por las normas de creación y desarrollo aprobadas por estas en todo lo referente a la organización, constitución y funcionamiento”. Aplicable además para el ámbito autonómico, así como para los órganos competentes de sus asambleas legislativas

25. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “Órgano administrativo competente para conocer del recurso especial en materia de contratación pública en Castilla y León”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 189-190.

y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo (suprimido en la LCSP2017).

Hoy está regulado en el artículo 46 LCSP 2017, del que destaca la supresión del párrafo que habilitaba a las comunidades autónomas a “prever la interposición de recurso administrativo previo al contemplado en el artículo 40”, y que, en cuanto al presidente, en vez de ostentar cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las “materias de que deba conocer”, ahora esas cualificaciones deben garantizar un adecuado conocimiento “de las materias que sean de su competencia”.

Llama en cualquier caso la atención la escasa exigencia de méritos y capacidad que se desprende de la previsión normativa en el aspecto orgánico del Tribunal, pues tanto la norma de 2011 como la actual limitan la necesidad de ostentar cualificaciones jurídicas y profesionales que sean garantía de conocimiento y solvencia de la materia de la contratación pública a la figura del presidente, con la previsión de que las ostente “al menos su presidente”.

Cuando estamos alentando el funcionamiento y desarrollo de la labor del órgano encargado de la resolución del recurso especial, dotado de necesaria independencia, para su garantía de solvencia y mejor cualificación, y convertirse así en instrumento con plena garantía de seguridad jurídica en el procedimiento contractual, debería reclamarse a todos los miembros del Tribunal, y no solo a su presidente, que acrediten esas cualificaciones jurídicas y profesionales que aseguren conocimiento preciso de las materias de que deban conocer para la mejor resolución del recurso especial.

Del convenio al que alude este precepto, que se desarrolla reglamentariamente en el artículo 10 del Real Decreto 814/2015, conviene advertir la reflexión de PARDO GARCÍA-VALDECASAS²⁶, al precisar que “esta atribución, a pesar de la mención que en ella se hace a los convenios, no es un acto bilateral entre el Estado y las comunidades autónomas, sino que lo que la ley hace es atribuir a estas la decisión exclusiva de atribuir esta competencia al Tribunal sin que por el Estado haya posibilidad de oposición. Esto dicho, el convenio no tiene más finalidad que la de regular las consecuencias de esa atribución y las condiciones en que debe llevarse a la práctica. Surge así la cuestión de cómo debe calificarse jurídicamente esta atribución. Dada la dicción literal del artículo objeto de estudio, podría pensarse, a primera vista, que nos encontramos ante una delegación de competencias (piénsese que el precepto habla de atribución de competencia para la resolución de los recursos). Ahora bien, dicha interpretación sería contraria al artículo 13.1 de la LRJPAC, actual artículo 9 de la Ley 40/2015, que no permite la delega-

26. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José, “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

ción de competencias entre órganos de distintas Administraciones. En definitiva parece, por tanto, mucho más razonable pensar que nos encontramos ante una encomienda de gestión de las previstas en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre y que en este supuesto del Tribunal, estamos ante una encomienda de gestión ‘ex lege’ que, una vez propuesta, no puede rechazarse”.

Con estos antecedentes normativos se puede clasificar la existencia de órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia contractual de recursos de las comunidades autónomas.

Así, existe hoy órgano propio colegiado en Madrid²⁷, Aragón²⁸, Castilla y León²⁹, Navarra³⁰, Andalucía³¹, Cataluña³², Extremadura³³ y Galicia, y unipersonal en el País Vasco³⁴ y en Canarias³⁵.

27. PALOMAR OLMEDA, Alberto, “El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 259-288.

28. GIMENO FELIÚ, José María, “Notas sobre el Recurso Especial y su finalidad y las funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón: su doctrina”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 161-182.

29. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “Órgano administrativo competente para conocer del recurso especial en materia de contratación pública en Castilla y León”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 183-192; GRACIA ROMERO, Luis, “Las nuevas formas de protección a los licitadores en el ámbito de la contratación administrativa. Referencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 21, enero-junio 2014, p. 177.

30. VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 45, enero-junio 2008, pp. 149-181; RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio, “La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 38, 2004, pp. 91-112; ALLÍ ARANGUREN, Juan, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Gobierno de Navarra, 2006, pp. 40-48; ALENZA GARCÍA, José Francisco, “Las reclamaciones en materia de contratación pública en Navarra”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 235-258.

31. VILLALBA PÉREZ, Francisca, “Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 143-159.

32. PONCE SOLÉ, Juli y CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar, “El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 193-206.

33. MARABEL MATOS, Jacinto, “El carácter cuasijurisdiccional del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura. Una aproximación desde la jurisprudencia comunitaria”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 33, 2017.

34. TEROL GÓMEZ, Ramón, “El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y los órganos colegiados de los territorios históricos”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 207-233.

35. <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.948/relcategoria.118/relmenu.2/chk.56478f9dff2a7f771bb3dd0908c33eac>.

Así, podemos citar el artículo 3.1 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid (modificada por el artículo 1 de la Ley 5/2016, de 22 de julio), que define el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid como “órgano administrativo colegiado, adscrito orgánicamente a la Consejería competente en materia de contratación pública, que actuará con plena independencia funcional y objetividad en su función revisora en el ámbito de la contratación pública”.

Para Aragón, debemos citar la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (artículo 17), modificada por el Decreto-ley 3/2017, de 20 de junio, para su profesionalización, así como el Acuerdo de 13 de febrero de 2013 por el que se constituye el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón.

En Castilla y León, su Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (TARCCYL) se creó mediante la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, regulado en su Título III (artículos 58 a 64) con su propio reglamento de funcionamiento interno. Y, mediante Acuerdo de 1 de marzo de 2018 (BOCYL de 9 de marzo de 2018) del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, se creó la Sede Electrónica del Consejo Consultivo y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

En Navarra, hoy se regula en la Ley Foral 2/2018, de 3 de abril, de Contratos Públicos, donde también se prevé la Junta de Contratación Pública. Además, la nueva regulación se hace eco del régimen foral propio, al contemplar expresamente el respeto a su Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento (disposición final segunda de la LCSP2017).

Apuntar que en Andalucía el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, creó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCAnd), pero que, no obstante, fue modificado por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acordó el funcionamiento de este Tribunal como órgano colegiado, a resultas de la disposición transitoria segunda del Decreto 332/2011.

Por lo que hace al Tribunal de Contratos en Cataluña como órgano propio unipersonal, acudiendo a la disposición adicional cuarta de la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, se creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, para el que, siendo unipersonal, igual que en el régimen vasco, el número 17 de esta disposición adicional cuarta habilitaba al Gobierno autonómico catalán a su transformación con la denominación de Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público. Previsión

normativa que encontró eco en el Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) y se aprueba su organización y su funcionamiento.

Por su parte, en Galicia, la disposición final segunda de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de Garantía de la Calidad de los Servicios Públicos y de la Buena Administración, modificó la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de Racionalización del Sector Público Autonómico, y creó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACPG).

Vista la regulación de estos órganos propios colegiados, citar que en el País Vasco existe un órgano propio unipersonal, recordando que de los artículos 3.1.1) y 3.2.a) LCSP2017 se entiende que también forman parte del sector público las diputaciones forales y las juntas generales, y que, a los efectos de contratación pública, tendrán la consideración de Administraciones públicas. A lo que añadir que el artículo 46.5 LCSP2017 dispone: “En lo relativo a la contratación en el ámbito de los territorios históricos forales, la competencia para resolver los recursos podrá corresponder a los órganos y tribunales administrativos forales de recursos contractuales”. A estos efectos, en la Comunidad Autónoma del País Vasco encontramos un órgano unipersonal y colegiado en cada uno de los territorios históricos. Así, por una parte, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC) se creó en la disposición adicional octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2011, como unipersonal, por el número 7 de la disposición adicional octava, y quedando exceptuadas de su ámbito subjetivo las tres diputaciones forales. De manera que fueron aprobados para estos territorios históricos tres decretos: el Decreto Foral de Guipúzcoa 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales, el Decreto Foral de Álava 44/2010, de la misma fecha, de creación del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales, y el Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, en Vizcaya³⁶. Mencionar además la regulación para el País Vasco que representa el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV de 1 de septiembre de 2016), creador en su artículo 26.1 de la Junta Asesora de Contratación Pública.

Y para Canarias, apuntar el Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad

³⁶. Publicados, respectivamente, en el Boletín Oficial de Guipúzcoa n.º 203, de 22 de octubre de 2010; Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava n.º 115, de 8 de octubre de 2010, y Boletín Oficial de Vizcaya n.º 197, de 13 de octubre de 2010.

Autónoma de Canarias (TACPCan), como órgano unipersonal de carácter administrativo, siendo la Orden de 14 de mayo de 2015 por la que se dispuso el nombramiento de su titular.

Por lo que hace a la enumeración de comunidades autónomas que han conveniado con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la atribución de competencias de recursos contractuales contra actos contractuales de su sector público y de las entidades locales de su territorio, citar las siguientes: La Rioja, Cantabria, Castilla-La Mancha³⁷, Islas Baleares³⁸, Principado de Asturias, Ciudad de Melilla, Comunidad Autónoma de Murcia, Comunidad Valenciana o Ciudad de Ceuta.

En Extremadura³⁹, el 1 de enero de 2019 entró en vigor la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura⁴⁰ (DOE núm. 251, de 28 de diciembre de 2018), cuyo Capítulo VI le dedica su artículo 38.1 en estos términos: “Las competencias para resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación corresponderán a aquellos órganos creados al efecto de acuerdo con la normativa básica del Estado”, previendo, en su artículo 38.2, lo siguiente:

(...) no obstante, la Comunidad Autónoma de Extremadura podrá, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos y las reclamaciones al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente convenio con

37. MORENO MOLINA, José Antonio, “La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos y su incidencia en Castilla-La Mancha”, *op. cit.*, p. 113.

38. ESPINAR MAAT, Flor y FONS RECUENCO, Ana María, “El recurso especial en materia de contratación de las Islas Baleares tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 93, 2010, pp. 41-45, y ESPINAR MAAT, Flor, “El recurso especial en materia de contratación de las Islas Baleares tras la adhesión de la Comunidad Autónoma al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.82/relcategoria.121/relmenu.3/chk.54b5a46e58b34fla236f4eabffe25b64>.

39. JOVER LORENTE, Felipe, ALONSO CLEMENTE, Antonio y RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel, “Tribunales administrativos de recursos contractuales como órganos adscritos a Consejos Consultivos: experiencia y novedades recientes (Extremadura)”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 24, julio-diciembre 2015, pp. 105-134, y BILBAO UBILLOS, Juan María, “Un nuevo ciclo político sin mayorías absolutas: Los Parlamentos autonómicos recobran protagonismo tras las elecciones de 2015”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Monográfico: Control Parlamentario del Gobierno, n.º 42, mayo 2017, p. 37.

40. Ley que deroga el artículo 17 de la Ley 8/2016, de 12 de diciembre, de medidas tributarias, patrimoniales, financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que contemplaba el procedimiento de imposición de penalidades y de resolución de contratos conforme al TRLCSP 3/2011, fijando en seis meses el plazo para resolver y notificar, y cuya ausencia de resolución expresa en ese plazo conllevaba la caducidad y el archivo de las actuaciones.

la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.

En tal caso, quedaría sin efecto la atribución de competencia realizada al órgano previsto en el punto 1 de este precepto, con independencia del rango de la norma a través de la que se realizara, debiendo incluirse en el convenio con el Estado el correspondiente régimen transitorio de los procedimientos en tramitación. Por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta se realizaría, en su caso, la correspondiente adscripción de los medios personales y materiales del referido órgano.

En definitiva, una vez analizada la composición orgánica del TACRCA, he considerado conviene marcar las diferencias con la regulación que cada comunidad autónoma contempla de su propio Tribunal, pues esta diversidad de órganos administrativos, si no va acompañada de una misma dirección y coordinación en la aplicación de la norma, así como de una auténtica profesionalización para el acierto y la rapidez del recurso especial en su funcionamiento, considero se aleja de la seguridad jurídica y de la transparencia para los licitadores, para los aplicadores de la ley dentro de la propia Administración, así como para los tribunales de contratos.

2.2.3

Tribunal administrativo de recursos contractuales en las corporaciones locales. Consideraciones críticas

Entre las variadas medidas de la nueva LCSP2017 que afectan al recurso especial, en el ámbito de las corporaciones locales el artículo 46.4 LCSP2017⁴¹ habilita, para los ayuntamientos de los municipios de gran población y las diputaciones provinciales, poder crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos.

Sigue la estela marcada por las propuestas de modificación y mejora al proyecto de LCSP2017, presentadas por el Observatorio de Contratación Pú-

41. MORENO MOLINA, José Antonio, “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.f633a638b5538548e935e-92988045f2a>, 20 de abril de 2015. El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público suprime la posibilidad de creación de tribunales locales de recursos contractuales. CAMPOS ACUÑA, Concepción, “Novedades en el ámbito local de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Comentario de urgencia a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE del 9)”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Wolters Kluwer, 15 de noviembre de 2017.

blica⁴² en materia de los órganos de recursos contractuales, que, no obstante, alentó un diseño de “una planta de órganos de recursos contractuales cerrada, para evitar las actuales asimetrías (poco compatibles con el principio de seguridad jurídica). La extensión al ámbito local debe ser eliminada porque genera una indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo”.

Sabiendo la necesidad de garantizar la independencia de los miembros del órgano de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública, su composición en las entidades locales fue objeto del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña n.º 9/2013, de 26 de julio, para el que “la independencia del órgano colegiado competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública comporta que este esté integrado por miembros que no tengan ninguna vinculación con el órgano de contratación o con la mesa de contratación u otro órgano que lo asista”, conclusión que indujo a BERNAL BLAY⁴³ a excluir de este órgano a los miembros del órgano de contratación y del órgano de asistencia al órgano de contratación (Mesa de contratación), “circunstancias que inhabilitan para formar parte del órgano de recurso al alcalde, al secretario municipal y al interventor, así como al personal del correspondiente servicio de contratación”.

La habitual –y parece que aceptable– fórmula ha sido que los órganos que las comunidades autónomas hayan creado en materia de recurso especial de contratación asuman, entre sus funciones, el conocimiento y la resolución de estos recursos sobre contratación y cuestiones de nulidad frente a los actos de las corporaciones locales de sus respectivos territorios (Aragón, Madrid o Castilla y León), además del caso ya mencionado de las tres diputaciones forales de Álava, de Vizcaya y de Guipúzcoa, donde se han creado tribunales de recursos en el ámbito de la propia Administración local⁴⁴.

Asimismo, hay casos puntuales, como en Andalucía, donde se han creado tribunales en entidades locales, casos de las diputaciones de Granada (Edicto de 30 de noviembre de 2012) o Cádiz, que constituyó su Tribunal de recur-

42. OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)”, Proyectos de investigación concedidos por Ministerio de Economía y Competitividad, de 30 de enero de 2017.

43. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “La independencia de los órganos de recurso especial de las entidades locales”, 16/09/2013, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.118/releategoria.121/relemenu.3/chk.57e6527fca2c7674f71cb286398ecd4b>.

44. NÚÑEZ RIVERO, Cayetano y GARCÍA ARANDA, Santiago, “La autonomía de los entes locales”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, UNED, pp. 401-407.

sos en marzo de 2013, o los Ayuntamientos de Sevilla, mediante acuerdo del Pleno de fecha 25 de mayo de 2012⁴⁵, Málaga, por acuerdo plenario de 25 de octubre de 2012, Jaén (BOP n.º 195, de 10 de octubre de 2013) o Granada, mediante acuerdo del Pleno de 9 de febrero de 2012⁴⁶.

Analizando la situación para las entidades locales andaluzas, y aunque el Decreto 120/2014 mantiene la posibilidad de que estas entidades locales puedan crear sus propios órganos de resolución de recursos, se atribuye la competencia al Tribunal Administrativo de Recursos de la Junta de Andalucía de manera directa, en caso de que no se haya hecho uso de dicha posibilidad, sin necesidad de suscribir un convenio al efecto. Con esta modificación –aclaró SANTIAGO FERNÁNDEZ-⁴⁷ “se logra solventar el desamparo de quienes recurrían un acto de un ayuntamiento que se negaba a formalizar el convenio para atribuir la competencia al TACRC para la resolución del mismo y tampoco tenía creado un órgano propio de resolución de recursos. Además de que la supresión del convenio permite agilizar la resolución de dichos recursos puesto que basta con una comunicación del órgano de contratación de la entidad local respecto a la cual se ha interpuesto el recurso especial”.

La crítica apuntada en el apartado anterior al abordar la multitud de tribunales y la motorización legislativa, con el peligro de la falta de imparcialidad, se acentúa aún más en la LCSP2017 al prever que en los ayuntamientos de municipios de gran población (artículo 121 LRBRL) y en las diputaciones provinciales se puedan adoptar decisiones de crear un órgano especializado y funcionalmente independiente para resolver los recursos. Y que su constitución, su funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción, y la duración de su mandato, se regirán por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de la LCSP2017, regulador del órgano competente para la resolución del recurso en la Administración General del Estado. Siendo el pleno de la corporación el órgano competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros, de manera que los demás ayuntamientos podrán atribuir esa competencia para resolver el recurso al órgano creado al efecto

45. <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.286/recategoria.1087/reلمenu.26/chk.7c1c1aa775ae249085b8360474abcf1f> (Resolución n.º 338/2016, de 28 de diciembre, del TARCAnd).

46. <http://www.idluam.org/actualidad/4413-contratos-publicos-tribunal-administrativo-de-contratos-publicos-de-granada>.

47. SANTIAGO FERNÁNDEZ, María José, “La resolución del recurso especial en materia de contratación en el caso de las entidades locales de Andalucía: novedades del Decreto 120/2014”, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.168/recategoria.121/reلمenu.3/chk.07c28a31df67a2e11b94eed5c9cf7d6b>.

por la diputación respectiva a la que pertenezcan, como pasamos a comprobar (artículo 46.4 LCSP2017).

La decisión de poder crearse multitud de tribunales locales no favorece la unidad de criterio en la aplicación de la normativa contractual, se aleja de la imparcialidad y de la seguridad jurídica, además de generar mayor gasto para las arcas municipales, ya de por sí siempre diezmadas. Pues bien, esta habilitación para la creación de tribunales locales muestra una realidad normativa que, como apuntara GIMENO FELIU⁴⁸, hace que “la articulación práctica en España pone de manifiesto ciertas disfunciones”, así como que “la extensión –a mi juicio sin justificación legal– al ámbito local genera indebida distorsión que cuestiona la esencia del modelo”. Resulta clave para defender esta crítica que no hay un exceso de recursos en el seno de los tribunales autonómicos de recursos⁴⁹.

No obstante, se ha pretendido salvar esta posible disparidad del sentido de las resoluciones de tanto tribunal local de recursos mediante la posibilidad que la LCSP2017 brinda a los tribunales de recursos para una “coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina”, como es acordar las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas y proponer los ajustes normativos y las recomendaciones para el mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso.

En definitiva, vista la regulación de los distintos tribunales de recursos contractuales, considerando siempre de obligado respeto los principios generales de la contratación, como cláusulas de cierre para lograr la rapidez y eficacia del recurso especial, se contempla en la disposición adicional vigésima tercera de la LCSP2017 una estipulación para la coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación. Una decisión creadora de tribunales para determinadas entidades locales, que ofrece diversas situaciones y que permite poner en entredicho la validez de la medida, si no se garantiza la independencia de sus miembros y con ello la seguridad jurídica. Con tanta abundancia de tribunales especiales locales que brinda la nueva regulación, VILLAR EZCURRA plantea una duda muy razonable,

48. GIMENO FELIÚ, José María, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Observatorio de los Contratos Públicos, número monográfico especial 2015, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, febrero de 2015, p. 86.

49. Díez SASTRE, Silvia, “El funcionamiento de la justicia administrativa: La Administración de los contratos públicos”, en *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa (CIJA), Universidad Autónoma de Madrid, marzo 2015.

como es “de dónde van a salir tantos vocales, supuestamente expertos en contratación. Porque la contratación pública es algo tremendamente difícil de aprender, ya que ni las normas cuentan todo ni toda su problemática real sale a la luz y solo puede ser aprendida tras largos años dedicados a esta especialidad”⁵⁰. Proliferación de tribunales de contratos que en cualquier caso deberán respetar la independencia por exigencia comunitaria⁵¹ (TJUE en su Sentencia de 6 de octubre de 2015 –asunto C-203/14–).

La razón de estas dudas es que, con esta posible abundancia de tribunales locales, puede quedar distorsionado uno de los pilares básicos, el control que permite el recurso especial garantizado por la independencia en su funcionamiento. Elemento que es difícil se mantenga cuando en estos tribunales su composición puede estar alterada porque algunos de sus miembros lo sean también de los órganos de contratación, o hayan participado en la composición del expediente de contratación (informes, pliegos...), provocando esta regulación ser pernicioso⁵² y generando la distorsión del funcionamiento global del sistema.

Para apreciar la desafortunada medida, que aporta escasa posibilidad de conseguir la independencia de sus miembros y que podrá ser “cuestionada por los recurrentes, planteando el posible incumplimiento de la Directiva en materia de recursos por dichas entidades locales”⁵³, fue muy expresiva, como ya se ha indicado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su Informe n.º 9/2013, de 26 de julio, al poner de relieve la trascendencia de esa independencia.

Además, la posibilidad que se brinda a los ayuntamientos de municipios de gran población y a las diputaciones provinciales de crear un órgano especializado, afecta a los principios ya analizados de igualdad y transparencia a favor de los licitadores, además de poder quedar afectada la objetividad en la elección y profesionalización de sus miembros⁵⁴, pues, como se indica al

50. VILLAR EZCURRA, José Luis, “La nueva Ley de Contratos desde una perspectiva crítica. Legitimación para recurrir y tribunales locales especiales de contratación”, www.arinoyvillar.com, de 5 de agosto de 2018.

51. RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María, “Los poderes de los tribunales administrativos de recursos contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, n.º 110-I, enero-abril 2018, p. 209.

52. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “El Recurso Especial en materia de Contratos Públicos: En la senda del derecho a una Buena Administración”, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2016, p. 325.

53. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “La independencia de los órganos de recurso especial de las entidades locales”, www.obcp.es, 16 de septiembre de 2013.

54. Ya se señaló la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública – Construir una arquitectura para

ser una opción y no una imposición, estos licitadores pierden garantía para saber dónde residenciar su recurso, y finalmente, si se busca una tarea de uniformidad para la mejor interpretación y aplicación de la regulación de la contratación pública, queda dificultada por la existencia de una multitud indeterminada de órganos, así como para mantener una coordinación en la doctrina a aplicar. No olvidar que se limita, por esta variedad indeterminada de órganos de control de recursos locales, el fin de la ley hacia la coherencia de los pronunciamientos y la unificación de la doctrina, para lo que acordar fórmulas de coordinación y colaboración. En definitiva, se provocará, por tanto, una “disparidad de regímenes no homogéneos, en función de la existencia o no de legislación autonómica, y el contenido de esta, que en determinadas ocasiones simplemente remite, en cuanto al régimen de los órganos de carácter local, a lo que estas entidades puedan establecer”.

En definitiva, asimetría y falta de coordinación que se producirán al dejar la LCSP2017 “abierta la planta de los tribunales a las entidades locales”, puesto también de relieve por GRACIA ROMERO⁵⁵, en virtud de la preocupación en este sentido de la propia Comisión Europea. Asimetría amén de otras consecuencias perniciosas para la eficacia de la figura del recurso especial, que de manera concreta, pero contundente y acertada, expresó GIMENO FELIÚ⁵⁶, al ser esta posibilidad “poco compatible con el principio de seguridad jurídica y que pone en riesgo el modelo, y que no se puede justificar con el argumento de la autonomía local, ya que no puede confundirse el control jurídico con una función de tutela”. La proliferación de “tribunales administrativos locales” quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con “autoritas” (máxime cuando, de forma sorprendente desde la perspectiva de la inamovilidad vinculada a la independencia, se prevé la posibilidad de “remoción”).

la profesionalización de la contratación pública (DOUE de octubre de 2017), en la que se manifestó que la eficiencia en materia de contratación pública, y en definitiva un mercado único más fuerte, se insta hacia políticas de profesionalización en los Estados miembros, centradas en tres objetivos: “desarrollar la arquitectura política adecuada para la profesionalización”; “mejorar la formación y la gestión de la carrera de los profesionales en materia de contratación”; y “proporcionar herramientas y metodologías de soporte de la práctica profesional en el ámbito de la contratación”.

55. GRACIA ROMERO, Luis, “Las fisuras del sistema especial de protección de los candidatos y licitadores en la nueva LCSP”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 46, septiembre 2018, p. 91.

56. GIMENO FELIÚ, José María, “Reflexiones sobre la planta del sistema de tribunales administrativos de resolución del recurso especial desde la perspectiva del efecto útil de las previsiones europeas de control eficaz y el modelo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Hacia un modelo independiente y profesionalizado”, en *Estudios de Derecho Público*, libro homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1786-1787.

Diversidad y abundancia de tribunales locales, por ejemplo, en Andalucía⁵⁷, como ofrece el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre; en Canarias, por el artículo 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero, por el que se crea el TACP de la Comunidad Autónoma de Canarias, sin que se señale un umbral poblacional mínimo para su creación; y también en el País Vasco, según la disposición adicional décima de la Ley 5/2010, de 30 de diciembre, no obstante, limitado a aquellos municipios de más de 50 000 habitantes.

En suma, la norma fomenta una “multiplicación de los órganos de resolución del recurso especial que puede resultar disfuncional tanto en términos de eficiencia como de garantías de imparcialidad”⁵⁸.

2.2.4

Órganos de control externo: el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas

En 2010 la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público fue modificada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para lo que dedicó su artículo primero, en que añadió un Libro VI regulador del régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos, y, tras referir el recurso especial en el artículo 310, el siguiente precepto establecía la competencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para conocer de los recursos especiales contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas. Norma que quedó derogada a partir del día 16 de diciembre de 2011 por el TRLCSP.

Pues bien, hoy no se contempla esta referencia en el equivalente artículo 44.1 LCSP2017, sino que es su disposición adicional cuadragésima cuarta la que aborda el régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos, en estos términos: “Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las asambleas legislativas

57. GONZÁLEZ CELEDA, Miguel Ángel, “Régimen de invalidez y recursos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos*, n.º 23, Wolters Kluwer, Sección Especial / En la práctica, Quincena del 15 al 29 dic. 2017, p. 2935.

58. LOZANO CUTANDA, Blanca y FERNÁNDEZ PUYOL, Irene, “Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: diez novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación”, *Diario La Ley*, n.º 9102, Sección Tribuna, 19 de diciembre de 2017, Wolters Kluwer.

de las comunidades autónomas y de las instituciones análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones públicas. Asimismo, los órganos competentes de las Cortes Generales establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el Capítulo V del Título I del Libro I de esta Ley, respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en el artículo 45 de la presente Ley”, que pasamos a analizar.

2.2.4.1

El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo autonómicos

El artículo 3.2.f) TRLCSP establecía, en materia del ámbito subjetivo, que “dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones públicas los siguientes entes, organismos y entidades: (...) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación”. Regulación que resultó suprimida por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (número uno de la disposición final tercera).

Al igual que sucede en el ámbito de las comunidades autónomas, para el control de los órganos competentes autonómicos equivalentes del Tribunal de Cuentas había que acudir al art. 41.3 TRLCSP. La opción que brindaba este precepto de convenio, junto a que la actividad de contratación de estos órganos autonómicos de control externo no es excesiva, nos lleva a que sería preferible la opción del convenio con órgano externo a la creación de otro órgano propio para la comunidad autónoma, con el consiguiente ahorro de costes, eficiencia en la gestión de recursos, eficacia en el procedimiento del recurso especial y garantía de la resolución del mismo por la capacitación e independencia del Tribunal Central.

Podemos también señalar distintas normas autonómicas que regulan el control de las decisiones contractuales de los órganos autonómicos de control externo equivalentes al Tribunal de Cuentas.

- Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público, respecto de la Cámara de Cuentas de Madrid (artículo 3.6).

- En Aragón, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (disposición adicional primera respecto de la Cámara de Cuentas de Aragón).
- Para el órgano de control externo de Castilla y León, el Consejo de Cuentas, creado por la Ley 2/2002, de 9 de abril, en el artículo 62 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, se creó su Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales adscrito a su Consejo Consultivo, para cuya formulación fue suscrito el 2 de mayo de 2012 un convenio de colaboración con el Consejo de Cuentas para delimitar las competencias de recursos contractuales de este Tribunal autonómico.
- Para el control de los actos y las decisiones contractuales de la Cámara de Cuentas de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, respecto de la Cámara de Cuentas de Andalucía, lo reconoce en su artículo 11.
- En Canarias, su Decreto 10/2015, de 12 de febrero, prevé en el artículo 2 su Tribunal Administrativo de Contratos Públicos.
- En Cataluña, su órgano de control externo en materia de cuentas públicas, la Sindicatura de Comptes, está sometido al control en materia de contratación pública, al disponerlo así la Ley 7/2011, de 27 de julio, de Medidas Fiscales y Financieras (disposición adicional cuarta).
- En Galicia, la actuación contractual de su Consejo de Cuentas se regula en la Ley 1/2015, de 1 de abril, de Garantía de la Calidad de los Servicios Públicos y de la Buena Administración, mediante el número cinco de su disposición final segunda.
- En Navarra se contempla la institución de la Cámara de Comptos, a la que las personas y entidades sometidas a la presente Ley Foral remitirán cuantos datos, documentos y antecedentes les sean requeridos en relación con los contratos públicos de cualquier naturaleza y cuantía previstos en el artículo 118 de la nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que transpone las directivas 23 y 24/2014 en materia de contratación pública y que derogó la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.
- Y en Castilla-La Mancha, la Sindicatura de Cuentas, creada por la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, derogada mediante la Ley 1/2014, de 24 de abril, de supresión de la Sindicatura de Cuentas.

2.2.4.2

Las Cortes Generales y el Defensor del Pueblo

Reconocida la autonomía de la Cortes Generales en el artículo 72 CE, se habilitaba a las mismas, en el artículo 41.2 TRLCSP, para la creación de un Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales, para conocer, en su ámbito de contratación, del recurso especial en materia de contratación. Para ello se adoptó el acuerdo conjunto de 21 de diciembre de 2010 de las Mesas de ambas Cámaras, publicado en el BOE de 25 de enero de 2011 (Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado Mayor de las Cortes Generales, por la que se publica la de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado), acordando estar compuesto por un diputado, un senador y el interventor de las Cortes Generales. Composición que generó la suspicacia doctrinal en cuanto a cumplir el requisito de imparcialidad exigido por la normativa comunitaria, y cuyo escaso trabajo en su funcionamiento a día de hoy se puso de manifiesto por DE LA PEÑA RODRÍGUEZ⁵⁹, por el volumen reducido de la contratación de las Cortes Generales en relación con otras instituciones públicas de mayor dimensión, así como porque los umbrales de la cuantía económica de los contratos, requeridos para la interposición del recurso, restringían el acceso. Razones que llevaron a que el artículo 41.2 TRLCSP quedara derogado por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (disposición final tercera, apartado segundo).

2.2.5

Las universidades públicas y los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública (PANAPS)

El artículo 3.1 LCSP2017 considera que, a los efectos de esta Ley, forman parte del sector público distintos entes, organismos y entidades. Entre ellos cita en su letra c) a las universidades públicas. Además, su párrafo segundo, letra a), especifica que “dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tenían la consideración de Administraciones públicas entidades como las universidades públicas”. Y finalmente el artículo 3.1.a) considera poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, a las Administraciones públicas. A las

⁵⁹. PEÑA RODRÍGUEZ, LUIS DE LA, “El Tribunal de Recursos contractuales de las Cortes Generales”, *Revista Documentación Administrativa (DA)*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, p. 140.

universidades públicas dedica la LCSP2017 una breve referencia en la disposición adicional sexta, en aspectos de la clasificación⁶⁰.

De esta forma, mencionar la doctrina del TACRC, acordando ser admitido el recurso especial y declarada la competencia del Tribunal de recursos en caso de una universidad pública (resoluciones n.º 1030/2017, de 3 de noviembre, FD 3.º; n.º 968/2017, de 19 de octubre, FD 2.º, y n.º 421/2017, de 12 de mayo).

Finalmente, contra los actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas (PANAPS), el artículo 47.1 LCSP2017 conduce, a “sensu contrario” para DORREGO DE CARLOS⁶¹, a que, con arreglo a lo establecido en este artículo, no sean “Administración pública”, a efectos del TRLCSP, las entidades públicas empresariales y las sociedades públicas. Es decir, lo que en el sentido más amplio de la expresión se entiende por sector público empresarial (caso de AENA, ADIF, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de toda España, RENFE, Navantia, Agencia EFE, las sociedades de Aguas, MERCASA, TRAGSA, etc.).

Mencionar la novedad que hoy supone la extensión de entidades incluidas en el ámbito subjetivo de la LCSP2017, adaptándose a lo establecido en la Ley 40/2015, diferenciando tres niveles (sector público, Administración pública y poderes adjudicadores). Nueva regulación para los PANAPS (artículos 316 y ss. LCSP2017), que supone, como bien señalara GIMENO FELIU⁶², que “desaparece, pues la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias en los procedimientos de importe no armonizado (estas solo quedan para entes del sector público que no sean poder adjudicador –artículo 321 LCSP/2017 o los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales– artículo 3 LCSP/2017). Se pone fin a una ‘deslegalización procedimental’ que, como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, a la vez que introducía innecesarias dosis de inseguridad jurídica al favorecer una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorecía la aparición de

60. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las corporaciones de derecho público”, *Revista Documentación Administrativa (DA, Nueva Época)*, n.º 4, enero-diciembre 2017, p. 137.

61. DORREGO DE CARLOS, Alberto, “El arbitraje en los contratos públicos”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero 2013, pp. 12-13.

62. GIMENO FELIU, José María, “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública en la Ley 9/2017, de contratos del sector público”, www.obcp.es, 7 de febrero de 2018.

prácticas de naturaleza clientelar, que impedían el efectivo funcionamiento por inadecuada concurrencia de las economías de escala”.

Las dudas interpretativas que provocan estas entidades y su ámbito de sujeción a la ley, han provocado su intento de aclaración por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, mediante la Recomendación n.º 1/2013, de 1 de noviembre, sobre la interpretación de algunos preceptos del TRLCSP tras la modificación de la misma realizada por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, considerando que el artículo 146.4 TRLCSP podría ser de aplicación en los términos que señalan los artículos 190, 191 y 192 TRLCSP a los entes, organismos y entidades que, de acuerdo con el artículo 3.2 TRLCSP, no tengan la consideración de Administración pública y que, sin embargo, sí estén dentro del sector público, y hoy mediante el Informe n.º 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía del Estado.

2.3

Elemento subjetivo: sus miembros

2.3.1

Sistema de nombramiento: méritos y capacidad

A la luz de la regulación comunitaria (Directiva 89/665/CEE) y estatal (artículos 45.1 LCSP2017 y 3 RD 814/2015), la composición del TACRC queda delimitada y condicionada por unos requisitos que intentan garantizar la nota clave de la profesionalidad en la selección del presidente y de los vocales, debiendo ser nombrados entre funcionarios que reúnan las exigencias establecidas para cada uno de ellos.

Nueva es la previsión respecto al TRLCSP de la mención expresa de la presencia del secretario general en el Tribunal en la nueva LCSP2017 (artículo 45.7), así como que “el Tribunal contará con los servicios administrativos precisos para su funcionamiento”. Pues bien, sin perder de vista la búsqueda de los objetivos comunitarios, la nueva regulación de la LCSP2017 habilita lo siguiente (artículo 45):

(...) Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje.

2. Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por

tiempo superior a diez años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

3. El presidente del Tribunal deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

En el caso de que los vocales o el presidente fueran designados entre funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, estos deberán pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1 del artículo 76 de dicha Ley.

4. La designación del presidente y los vocales de este Tribunal se realizará por el Gobierno a propuesta conjunta del ministro de Hacienda y Función Pública y del ministro de Justicia. (...)

7. Formará parte del Tribunal, con voz pero sin voto, el secretario general del mismo. El Tribunal contará con los servicios administrativos precisos para su funcionamiento. El nombramiento del secretario general y el del personal integrante de los servicios administrativos se harán en los términos previstos en la legislación reguladora de la Función Pública.

Aparece de nuevo, en esta habilitación, la posibilidad de la regulación autonómica en la formación de los tribunales de contratos autonómicos, que debería mantener en todo momento las aspiraciones y previsiones de la regulación comunitaria, así como salvaguardar los principios de mérito y capacidad, si queremos unos órganos con independencia funcional y no hacer de cada tribunal autonómico un espacio propio en la aplicación del derecho de los contratos públicos, ajeno al resto del territorio nacional.

Pues bien, entre la diversa normativa autonómica sobre la composición de sus tribunales de contratos, citar la siguiente:

- En Canarias se reconoce que la designación del titular de este Tribunal y de los demás miembros se hará “mediante convocatoria pública y por el procedimiento de libre nombramiento entre funcionarios de carrera de cuerpos y escalas del subgrupo A1 o equivalentes, con licenciatura o grado en Derecho, que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a cinco años, y que ostenten cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento en materia de contratación administrativa y

- en especial, de la normativa contractual comunitaria” (artículo 4.2 Decreto 10/2015, de 12 de febrero).
- En el País Vasco se exige tener “la licenciatura o el doctorado en Derecho, cuenten con acreditada competencia profesional en las materias que ha de conocer el órgano y, además, sean funcionarios o funcionarias de carrera que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, en cualquiera de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euzkadi, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública” (número 8 de la disposición adicional octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre), siendo destacable que no se exija pertenecer a cuerpos y escalas que prevén el resto de regulaciones.
 - En Galicia se especifica que “uno de los vocales ejercerá las funciones de secretario y será elegido mediante acuerdo del propio Tribunal. El presidente del Tribunal deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho y que hubiese desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, y se valorará su experiencia profesional en el ámbito de la contratación pública. Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera que cuenten con título de licenciado o grado en Derecho y que hubiesen desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años, valorando su experiencia profesional en el ámbito de la contratación pública” (artículo 35 ter de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico).
 - La Comunidad de Madrid, por su parte, delimita la composición señalando que “estará compuesto por un presidente y cuatro vocales, seleccionados, entre funcionarios de carrera, por concurso de méritos objetivo en convocatoria pública. El presidente del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid deberá ser funcionario de carrera perteneciente a cuerpos y escalas del subgrupo A.1 para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o de grado en Derecho. Deberá acreditar que ha desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años como funcionario de carrera en cualquiera de las Administraciones públicas y en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública”. Requisitos iguales para los vocales, salvo que desempeñen su actividad profesional por tiempo superior a diez años y la disposición de título de licenciado o

- de grado (artículo 3.2 Ley 9/2010, de 23 de diciembre, modificado por la Ley 5/2016, de 22 de julio).
- Por lo que hace a la regulación de Aragón, que especifica la figura del secretario, igual que Cataluña y Castilla y León, para el cargo de presidente precisa ser funcionario de carrera de cuerpos y escalas del grupo A con la titulación en Derecho, que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años en la rama de derecho administrativo relacionada directamente con la contratación pública. Con la particularidad de que para los vocales ese tiempo es superior a diez años y al menos uno de los vocales será funcionario de la Administración local (artículo 18 Ley 3/2011, de 24 de febrero). Además, las funciones de secretario del Tribunal las ejercerá el secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que actuará con voz y sin voto (artículo 20 Ley 3/2011, de 24 de febrero).
 - En Navarra se prevé, en el artículo 121. 2 y 3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, que el presidente y dos vocales serán funcionarios en activo de la Administración de la Comunidad Foral, de las entidades locales de Navarra o de otras entidades sometidas a esta Ley Foral, para cuyo nombramiento se haya exigido el título de licenciado o grado en Derecho. Pero mientras para el presidente del Tribunal se exige posea una experiencia profesional de al menos diez años, a los vocales se les exige haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a cinco años, ambos preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública. Y el secretario será expresamente designado para ello de entre personas funcionarias en activo por tiempo superior a cinco años, licenciadas en Derecho y con especial preparación en materia de contratación pública, modificando la regulación precedente, que determinaba que la Secretaría de la Junta de Contratación Pública ejercía las funciones de Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.
 - En Castilla y León, su Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales se creó en la Ley 1/2012, de 28 de febrero (artículo 60), y prevé que el presidente del Tribunal será el presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, y vocales los demás consejeros electivos de este Consejo Consultivo, siendo el secretario designado por el presidente de entre el personal al servicio del Consejo Consultivo.

- En Cataluña, con la nueva regulación del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueban su organización y su funcionamiento (artículo 5), el presidente y las personas vocales son nombrados entre personas funcionarias que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 6.1: “ser funcionario o funcionaria de carrera del cuerpo A1, subgrupo A1 de la Administración de la Generalidad de Cataluña o equivalente de la Administración local de Cataluña, haber desempeñado la actividad profesional por un tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública, tener la licenciatura o grado en derecho y disponer de competencia profesional acreditada en las materias propias del Tribunal”.
- Por lo que hace a la organización en Andalucía, apuntar que el artículo 2.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, reconoce que estará compuesto por la persona titular de la Presidencia y dos vocales, y en el caso de que el volumen de asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal lo aconseje, por causas debidamente acreditadas, su número podrá incrementarse. La persona titular de la Presidencia y los vocales serán funcionarios de carrera con licenciatura o grado en Derecho, y deberán haber desempeñado su actividad por tiempo superior a quince años, la persona titular de la Presidencia, y a diez años, las personas titulares de las vocalías, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública. Normativa a la que añadir el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acordó su funcionamiento como órgano colegiado.
- Y para Extremadura, el titular, si es unipersonal, o al menos su presidente, si fuera colegiado, “ostentará cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia. El nombramiento de las personas miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos, en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad, a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad, de acuerdo con la normativa básica del Estado” (artículo 38.1 de la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura).

2.3.2 Causas de abstención y recusación

Ya analizamos al abordar la naturaleza jurídica de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, entre sus notas definitorias, la independencia y la imparcialidad⁶³ necesarias para cumplir el principio de la transparencia. Pues bien, para que esta independencia se haga efectiva, es fundamental asimismo dotar a los miembros de los tribunales de recursos de inamovilidad, por una parte, fijando el tiempo de duración en sus respectivos cargos, y las causas de abstención y recusación que puedan afectarles, por otra.

Es contrario a los principios de libre competencia y de igualdad de trato que un licitador guarde relación con quienes elaboren los criterios de adjudicación del contrato, sean las autoridades o el personal al servicio de la Administración (STJUE de 15 de marzo de 2015 y SSTTS de 28 de junio de 2011 y de 7 de octubre de 2010).

Así que, al encontrarnos ante causas que buscan evitar cualquier favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores, como bien resolvió la Resolución n.º 70/2015, de 3 de julio de 2015, del titular del OARC, a pesar de que el TRLCSP no contenía previsión alguna sobre los conflictos de intereses surgidos entre participantes de un proceso de selección, no puede soslayarse que estos conflictos pueden ir en detrimento de los principios de igualdad de trato y de transparencia (SSTJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartado 111, y de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13).

Es base para la prevención del conflicto de intereses el respeto al principio de imparcialidad para preservar la denominada, por el Informe n.º 10/2016, de la JCCA de Aragón, “moralidad administrativa”, en el sentido de que “no basta con que la Administración contratante obre con total sometimiento a la legislación sobre contratación pública, sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa”. Conflictos de intereses tratados en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en su artículo 24 y en su considerando 16, además de aparecer con claridad la búsqueda del principio de la integridad como medida contra la lacra de la corrupción vinculada a los casos de conflicto de intereses que generan invariablemente arbitrariedad.

Pues bien, el principio de integridad y los conflictos de intereses se encuentran en la base de las causas de recusación y abstención, cuya esencia

63. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Procedimiento Administrativo Local, Tomo I*, Iustel, Madrid, 2005, p. 286.

es “asegurar el adecuado ejercicio de la función administrativa y por ende, la legalidad y acierto de la decisión que se dicte en el procedimiento”. Son palabras de GONZÁLEZ PÉREZ⁶⁴, que llevadas al ámbito de la contratación nos conducen a esta enumeración en el artículo 45.4 y 8 LCSP2017: “4. Los designados tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por las causas siguientes: a) Por expiración de su mandato. b) Por renuncia aceptada por el Gobierno. c) Por pérdida de la nacionalidad española. d) Por incumplimiento grave de sus obligaciones. e) Por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito. f) Por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función”.

Regulación actual que añade novedades por recomendación del Consejo de Estado (Dictamen n.º 1116/2015), como es en el apartado 4 e) añadir la referencia a la “sentencia firme” a la causa de estar condenado a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito; se añade en el apartado 5.º que, “durante el tiempo en que se hallen prestando servicio en el Tribunal, tanto el presidente como los vocales pasarán a la situación de Servicios Especiales dentro de su cuerpo de origen”, y se elimina que “antes de cumplirse el plazo indicado se determinará, mediante sorteo, los vocales que deban cesar”.

Mecanismos de abstención y recusación que se aplican a los miembros de los tribunales de contratos siguiendo las pautas delimitadas en la normativa de régimen jurídico del sector público contempladas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y que siguen regulaciones autonómicas como la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (artículo 121.4), que añade causas de abstención o recusación establecidas con carácter general para los jueces y magistrados. Otras regulaciones como la andaluza, la madrileña, la aragonesa o la gallega enumeran las causas de la pérdida de la condición de miembro del Tribunal, como lo hace la LCSP2017. Así, de manera particular, mencionar en Andalucía el artículo 3.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre; en Madrid, el artículo 3.4 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre; el artículo 19 de la Ley 3/2011, de 24 febrero, en Aragón, que incluye como causas: expiración de su mandato, renuncia, incumplimiento grave de sus obligaciones, incompatibilidad sobrevenida o pérdida de la condición de funcionario de carrera; y en Galicia, en los mismos términos, el artículo 35 *quater* 2 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre.

64. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 146 a 152.

Destacar la adecuada advertencia de un inconveniente legal, alertado por SANTAMARÍA PASTOR⁶⁵, pues “mal cuadra” con la independencia que se pretende de estos tribunales de contratos que tengan órganos jerárquicamente superiores de los que habla la Ley 40/2015, estando, según ley, adscritos al Ministerio o Consejería competente, proponiendo el profesor la solución lógica de atribuir a los propios tribunales el conocimiento de estos conflictos de intereses.

3

Conclusión

El recurso especial merece un respaldo y apoyo como instrumento ideado desde las instancias comunitarias. Supone un intento de que los parámetros de control en sede de contratos que brinda no sean solo de legalidad, sino también de eficiencia y buena administración, aplicados por los tribunales administrativos de recursos especiales.

Con su adecuado funcionamiento se logra que todos los actores de la contratación sepan la interpretación de cada norma a la que sujetarse gracias a la especialización de la composición de los tribunales de recursos, y se provocará que los licitadores y la Administración vayan tomando una confianza progresiva en esta institución, toda vez que conocen la doctrina a la que sujetarse.

En definitiva, si la contratación pública está presidida por el principio de inalterabilidad del fin de interés público, esto obliga a asegurar la eficacia y eficiencia en la gestión contractual y la eliminación de posibles corrupciones, para cuya erradicación existe este mecanismo particular como es el recurso especial en materia de contratación pública, clave para el control a la Administración en materia de contratación, generador de un procedimiento resuelto por los distintos tribunales de contratos, compuestos por miembros cualificados e independientes que hacen efectiva la seguridad jurídica y la confianza de los licitadores.

65. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Los Recursos Especiales...*, op. cit., p. 77.

Los conflictos de interés y su incidencia en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local. Análisis del caso venezolano

JESSICA VIVAS ROSO
*Profesora de la Especialización en
Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*

- 1. Introducción**
- 2. Los conflictos de interés**
 - 2.1. Tipos de conflictos de interés
 - 2.2. Diferencia entre conflictos de interés y otras figuras que involucran la gestión de los funcionarios públicos
 - 2.3. Normas que regulan los conflictos de interés en Venezuela
- 3. Los conflictos de interés y los órganos de control fiscal en Venezuela**
 - 3.1. El Sistema Nacional de Control Fiscal en Venezuela
 - 3.2. Órganos de control fiscal a nivel local en Venezuela
 - 3.3. Situaciones que pueden suponer conflictos de interés en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local en Venezuela
 - 3.3.1. Situaciones previstas en las Normas Generales de Auditoría de Estado
 - 3.3.2. Situaciones previstas en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal
 - 3.3.3. Situaciones no previstas
- 4. Reflexiones finales**
- 5. Bibliografía**

Artículo recibido el 09/04/2020; aceptado el 25/06/2020.

Resumen

Este artículo es una aproximación al estudio de los conflictos de intereses y su impacto en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local en Venezuela. Se revisan algunas situaciones en las cuales se puede ver comprometida la imparcialidad y objetividad de los órganos de control y las posibles soluciones previstas en el ordenamiento jurídico venezolano.

Palabras clave: *conflictos de intereses; control fiscal; auditoría interna; responsabilidad.*

Conflict of interest and its incidence in the action of the financial control bodies. The Venezuelan case

Abstract

The article studies the conflict of interest and its impact in the action of financial control bodies in Venezuela. The article explores some situations in which impartiality and objectivity may be compromised and the possible solutions articulated by the Venezuelan legal system.

Keywords: *conflict of interest; financial control; internal audit; accountability.*

1

Introducción

Cualquier funcionario público puede encontrarse a sí mismo frente a una situación de conflictos de interés. Los funcionarios de los órganos de control fiscal –encargados de garantizar el adecuado resguardo, manejo y custodia de los fondos y bienes públicos asignados a los distintos órganos del Estado– no escapan de que se les presenten en sus actividades de control –inspecciones, fiscalizaciones, auditorías, entre otras– incidentes de este tipo.

La adecuada o inadecuada actuación de los funcionarios de los órganos de control fiscal puede impactar en el correcto uso de los fondos y bienes públicos, puesto que son quienes deben revisar que los recursos del Estado sean utilizados para el fin para el que estaban previstos; a saber, la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

Por ello este trabajo pretende analizar cuáles situaciones de conflicto de intereses se pueden presentar en las actuaciones que ejecutan los órganos de

control fiscal a nivel local en Venezuela, el procedimiento a seguir para evitar el conflicto y cómo se puede garantizar la imparcialidad y objetividad en sus actuaciones.

Para ello se efectuará una revisión doctrinaria sobre los conflictos de interés con la finalidad de determinar su concepto, alcance y tipos; posteriormente se revisará la normativa venezolana sobre el tema, y por último se abordará la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local; las situaciones de conflicto de interés que pueden presentarse en la actuación de sus funcionarios y las posibles soluciones que puedan plantearse, ello con la finalidad de realizar una primera aproximación al estudio de los conflictos de interés en los órganos de control fiscal en el derecho venezolano.

2

Los conflictos de interés

No ha sido fácil encontrar una única definición para los conflictos de interés. Cada autor u orden normativo otorga a esta figura un alcance y una connotación distintos; sin embargo, muchas de las definiciones elaboradas tienen al menos una idea central: en tanto que se afecte el juicio de un funcionario público, se afecta la credibilidad de las instituciones democráticas.

Que un funcionario público vea afectados su juicio y sus intereses por una situación en particular, con posible impacto en decisiones públicas, genera desconfianza en las instituciones, de ahí que al minimizar el impacto de estas situaciones se puede además garantizar el funcionamiento normal del Estado.

“Los ciudadanos en un sistema democrático tienen la expectativa que los funcionarios públicos actúen de manera imparcial al momento de tomar decisiones. De lo contrario, se debilita la confianza en el sistema democrático y se genera una paulatina desconfianza de los ciudadanos en la legitimidad de las decisiones públicas, y en el Estado mismo”¹.

Así, los conflictos de interés constituyen circunstancias que pueden atentar contra el Estado de derecho, no solamente porque infringen los principios de imparcialidad y objetividad de los funcionarios públicos, sino porque además impactan en la confianza pública. Sin embargo, para saber cuáles son las

1. MICHELE, R. DE Y DASSEN, N., *Conflicto de intereses: Desafíos y oportunidades para implementar un sistema efectivo de prevención y control* (en línea), Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 3 (consultado el 25 de marzo de 2020). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18235/0001362>

situaciones que pueden afectar la objetividad e imparcialidad de un funcionario público, es necesario comprender y delimitar su concepto.

No todas las posibles situaciones de conflicto en las que pueda encontrarse un funcionario público constituyen conflictos de interés con impacto en el funcionamiento de las instituciones públicas. Así, por ejemplo, la OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA² señala que cuando en el proceso de elaboración de una política pública aparecen actores con intereses contrapuestos (*lobbies*) el funcionario encargado de desarrollar tal política se encontrará frente a un conjunto de intereses opuestos entre sí, pero ello no necesariamente significa que su juicio se encuentre sesgado o parcializado; es decir, que se encuentre en una situación de conflictos de interés.

El profesor GARCÍA MEXÍA indica que un conflicto de interés es:

“Aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie”³.

Para la OCDE⁴ un conflicto de interés es una situación que conlleva un conflicto entre el deber público y los intereses privados del funcionario, capaz de influir indebidamente en el desempeño de las funciones oficiales y responsabilidades del funcionario⁵. Mientras que para la OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA se estará ante un conflicto de interés cuando concurren los siguientes elementos: 1) el funcionario público deba emitir un pronunciamiento o dictamen en el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas; 2) actúe en representación de un tercero, bien sea una persona o una institución pública; 3) tenga un interés particular; 4) la situación en concreto tenga la posibilidad de afectar el desenvolvimiento profesional del funcionario público, más concretamente a su deber de actuar con imparcialidad y objetividad⁶.

Constituye un elemento importante de la noción de conflictos de interés el hecho de que el funcionario público debe encontrarse en una situación en la que debe emitir una decisión o un pronunciamiento con fundamento en

2. OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*, Primera Edición, Parlamento de Cataluña, Barcelona, 2016.

3. GARCÍA MEXÍA, P., *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 97.

4. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

5. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Managing Conflict of Interest in the Public Service* (online), OECD Publications, París, 2003, p. 15 (accessed March 25, 2020). Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf>

6. OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *La gestión de los conflictos de interés...*, ob. cit., p. 29.

su juicio profesional, el cual puede verse afectado por una circunstancia de conflicto. Debe ser un pronunciamiento que exceda la rutina y que implique “aportar conocimiento, destreza y perspicacia”⁷.

Así, se está en presencia de un conflicto de interés cuando el juicio profesional de un funcionario público se ve afectado en virtud de una situación concreta que compromete su deber de actuar con imparcialidad y objetividad, y que puede incidir en las decisiones públicas que deba tomar como consecuencia del ejercicio de sus funciones.

2.1

Tipos de conflictos de interés

La doctrina ha sido uniforme al identificar al menos 3 tipos de conflictos de interés: reales, potenciales y aparentes⁸.

1. Reales: conformados por aquellas situaciones que pueden identificarse de forma objetiva. Entran dentro de este conjunto las situaciones que involucran a familiares consanguíneos y afines; por ejemplo, un funcionario público miembro de una comisión de contrataciones observa que una empresa que ha presentado ofertas es aquella en la que trabaja un familiar (esposa, tío, sobrino, hijo, etc.), o en que tenga participación accionaria.

En estos casos, el funcionario puede ver influenciado su juicio decisor –a favor de la empresa donde trabaja ese familiar–, afectando a su deber de actuar con imparcialidad y objetividad.

Si bien es cierto que pueden existir casos de funcionarios públicos que a pesar de encontrarse en estas situaciones actúen de forma objetiva, no es menos cierto que ante el riesgo inminente de afectación del juicio del funcionario, lo idóneo es que el mismo se aparte de la situación de conflicto y permita que un tercero ajeno a la situación pueda emitir la decisión correspondiente, y en consecuencia se garantice la confianza en las instituciones públicas.

2. Potenciales: constituidos por situaciones futuras que pueden ocurrir y afectar el juicio de determinado funcionario público. Siguiendo el mismo

7. *Ibíd.*, p. 30.

8. Al respecto, véanse: VEEDURÍA DISTRITAL, “Gestión de Conflictos de Intereses en el Sector Público Distrital”, *Serie Metodologías para el control preventivo*, n.º 6, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2018; ACCIÓN CIUDADANA, CÁMARA DE COMERCIO DE GUATEMALA Y CENTRO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS NACIONALES, *Los conflictos de interés en el sector público*, Magna Terra editores, Guatemala, 2004; MICHELE, R. DE y DASSEN, N., *Conflicto de intereses...*, ob. cit.; OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *La gestión de los conflictos de intereses...*, ob. cit.

ejemplo del punto anterior, el conflicto sería potencial por la probabilidad de que la empresa en la que el familiar del funcionario trabaje o tenga participación accionaria, se postule o presente una oferta en la institución de la cual forma parte el funcionario.

“Los conflictos de interés potenciales son, en palabras de Andrew Stark, como bombas de relojería: pueden detonarse o no, pero el riesgo existe. En su opinión, se toleran más fácilmente que los conflictos de interés efectivos. Posiblemente por este motivo, hay muchas menos profesiones u organizaciones que abordan de manera amplia y consistente la gestión de estos riesgos”⁹.

3. Aparentes: aquellas situaciones que no necesariamente afecten el juicio o la capacidad decisoria de un funcionario público, pero que sí puedan afectar la reputación del individuo y en consecuencia de la institución. Estas situaciones “confunden a las personas o les dan una idea equivocada sobre su seguridad o la fiabilidad de una actuación profesional determinada (de ahí la posible lesión a la confianza ciudadana)”¹⁰.

Un ejemplo de un conflicto de interés aparente puede ser que, en un procedimiento disciplinario de destitución, el superior jerarca tenga los mismos apellidos que el funcionario a destituir –pero en realidad no exista ningún parentesco entre ambos sujetos–. Cualquier persona puede considerar que el funcionario que debe decidir sobre el procedimiento de destitución tiene un conflicto de interés en el caso; sin embargo, demostrada la no existencia de un vínculo familiar, dicho conflicto aparente desaparece.

Todas estas situaciones de conflicto deben ser reguladas para gestionar su impacto en las instituciones públicas, puesto que cada una de ellas –desde los conflictos de interés real hasta los aparentes– tienen la posibilidad de atentar contra la credibilidad y la confianza depositada en dichas instituciones.

2.2

Diferencia entre conflictos de interés y otras figuras que involucran la gestión de los funcionarios públicos

La delimitación de los conflictos de interés conlleva necesariamente su distinción de otras figuras jurídicas que pueden confundirse y a su vez dificultar la gestión de estos conflictos. Entre tales figuras se encuentran: 1) las incom-

9. OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *La gestión de los conflictos de interés...*, ob. cit., p. 35.

10. *Ibíd.*, p. 36.

patibilidades; 2) inhabilidades; 3) hechos de corrupción (soborno y tráfico de influencias).

1. Las incompatibilidades son circunstancias que pueden afectar el desenvolvimiento normal y adecuado de las instituciones públicas, y por ello algunas legislaciones establecen prohibiciones o limitaciones al ejercicio de determinados cargos públicos. Una de ellas es la prohibición de ejercer más de dos cargos públicos remunerados –en Venezuela esa prohibición no es extensible a cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes—¹¹, puesto que se parte de la premisa de que los funcionarios públicos, “al tener más de un empleo, no cumplan adecuadamente con las funciones que les han sido asignadas”¹².

2. Las inhabilidades, por su parte, son prohibiciones normativas para ejercer determinados cargos públicos; por ejemplo, en Venezuela solo los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad pueden ejercer determinados cargos públicos¹³ –presidente de la República, fiscal general de la República, contralor general de la República, entre otros—. En estos casos, no se encuentra comprometido el juicio del funcionario público –como ocurre en los conflictos de interés–, sino que la norma ya establece supuestos prohibitivos para el ejercicio de la función pública.

3. En cuanto a la corrupción, los conflictos de interés presuponen un riesgo de corrupción, es decir, que el juicio de determinado funcionario público está comprometido por una contraposición de intereses –privados versus deber público– que puede ocasionar que la decisión que se tome configure un hecho/acto de corrupción.

Debe aclararse que solo cuando el funcionario tome una decisión sesgada a favor de sí mismo o de un tercero, abusando de su posición dentro de determinada institución pública, se podría hablar de corrupción efectiva.

Esta delgada línea entre riesgo de corrupción y corrupción efectiva conlleva necesariamente distinguir los conflictos de interés de algunos actos de corrupción como el soborno, la extorsión o el tráfico de influencias.

11. El artículo 148 de la Constitución venezolana de 1999 señala: “Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero, salvo cuando se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal”. Ver: ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con la Enmienda N.º 1*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 5908 Extraordinario, Caracas, 19 de febrero de 2009.

12. MICHELE, R. DE y DASSEN, N., *Conflicto de intereses...*, ob. cit., p. 4.

13. Al respecto véase, entre otros, el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, año 1999.

En el soborno se requiere la intervención de un tercero que ofrece al funcionario público un beneficio –generalmente pecuniario– a cambio de una decisión pública no ajustada a la ética y a las normas –asignación de una contratación a la oferta menos ventajosa para la institución–. Por otra parte, en los conflictos de interés el juicio decisor del funcionario se ve afectado por una situación concreta sin que participen terceras personas.

En el caso de la extorsión, esta se configurará cuando el funcionario público exija al particular destinatario de la decisión algún beneficio a cambio de la decisión tomada.

Por último, hay que referirse al tráfico de influencias. Este acto de corrupción se caracteriza por la necesaria participación de un tercero –como ocurre en el soborno y la extorsión– que, a cambio de dinero o cualquier otro beneficio, intercede ante un funcionario público para que este resuelva a favor de otro un determinado asunto. En el tráfico de influencias el funcionario saca ventaja de las funciones que ejerce para tomar decisiones indebidas y de esta forma obtener ventajas o beneficios para sí o a favor de terceras personas.

Para ARELLANO y LEPORE el tráfico de influencias se vincula con los conflictos de interés reales, puesto que se trata de hechos concretos que han influido en la capacidad de decisión del funcionario público, logrando que se desvíe obteniendo un beneficio para sí o para terceros, lo que permitiría evidenciar que “el conflicto de interés (y los diversos tipos en los que puede presentarse) representa un concepto más amplio que el tráfico de influencias”¹⁴, de ahí que se requiere no solamente la tipificación del delito de tráfico de influencias en las leyes penales, sino que además es necesario establecer otras formas de prevención y corrección.

2.3

Normas que regulan los conflictos de interés en Venezuela

Venezuela suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁵ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁶; sin embargo,

14. ARELLANO GAULT, D. y LEPORE, W., “Prevención y Control de Conflictos de Interés: Lecciones para la Administración Pública Federal en México a partir de la experiencia internacional”, *Estado, gobierno, gestión pública: Revista Chilena de Administración Pública*, n.º 10, Universidad de Chile – Instituto de Asuntos Públicos (INAP), 2007, pp. 71-100, p. 78.

15. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana contra la Corrupción*, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n.º 36 211 Ordinario, Caracas, 22 de mayo de 1997.

16. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 38 193 Or-

posee una escasa –casi inexistente– regulación en materia de prevención y control de los conflictos de interés. La Constitución venezolana de 1999, en su artículo 190, establece:

“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional no podrán ser propietarios o propietarias, administradores o administradoras o directores o directoras de empresas que contraten con personas jurídicas estatales, ni podrán gestionar causas particulares de interés lucrativo con las mismas. Durante la votación sobre causas en las cuales surjan conflictos de intereses económicos, los o las integrantes de la Asamblea Nacional, que estén involucrados o involucradas en dichos conflictos, deberán abstenerse”¹⁷.

Esta es la única mención del texto constitucional sobre situaciones de conflicto de interés; sin embargo, la prohibición en ella contenida solo resulta aplicable a los diputados del Parlamento Nacional, a pesar de que las situaciones de conflictos de interés pueden presentarse en todos los niveles del sector público.

Adicionalmente, existe el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos¹⁸, que establece los principios rectores, deberes y conductas que deben observar los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con miras a prevenir hechos que atenten, amenacen o lesionen la ética pública y la moral administrativa.

Dicho Código escasamente contiene algunas menciones a los conflictos de interés. El artículo 5, al referirse a los deberes de los servidores públicos, menciona la obligación de actuar con objetividad e imparcialidad en todas las decisiones que deban tomar y en los asuntos a intervenir como consecuencia del ejercicio de sus funciones, y el artículo 6 –que menciona las prohibiciones– señala como contrario a los deberes de los funcionarios públicos “no inhibirse del conocimiento, tramitación o resolución de algún asunto que bajo los supuestos contemplados [en ese código], constituya una situación en la que el interés particular, directo o indirecto, se contraponga a los intereses del Estado”¹⁹.

No se encuentran establecidas en el Código medidas o correctivos para disminuir o minimizar el impacto de las situaciones de conflicto de

dinario, Caracas, 23 de mayo de 2005.

17. ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...*, ob. cit., artículo 190.

18. CONSEJO MORAL REPUBLICANO, *Resolución N.º CMR-016-2013 del 11 de diciembre de 2013 mediante la cual se dicta el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 40 314 Ordinario, Caracas, 12 de diciembre de 2013.

19. *Ibid.*, artículo 6 numeral 10.

interés en las instituciones públicas: 1) no se establece la obligación de declarar las posibles situaciones de conflicto de interés; 2) no se regulan las sanciones por incumplimiento del deber de imparcialidad y objetividad por parte del funcionario público que se enfrente a una situación de conflictos de interés; 3) no se regulan los posibles procedimientos para dirimir los conflictos de interés (recusación y/o inhibición), entre otros. Aunado a ello, debe recordarse –tal como señala FUENTES I GASÓ– que los códigos de conducta suelen ser de muy difícil aplicación por ser abstractos, por su falta de previsión de infracciones y sanciones y por contener normas orientadoras de las conductas de los funcionarios públicos, de ahí que “más que ‘obligar’ a su cumplimiento, pretenden ‘convencer’ de la necesidad de una conducta”²⁰.

Es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos –del año 1981– la que prevé un procedimiento de inhibición para aquellos funcionarios públicos que se encuentren incurso en alguno de los siguientes supuestos:

“1. Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento.

2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.

3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna. Quedan a salvo los casos de revocación de oficio y de la decisión del recurso de reconsideración.

4. Cuando tuvieren relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto”²¹.

Las situaciones contenidas en la Ley pueden ser clasificadas dentro de los conflictos de interés reales, por tratarse de situaciones objetivas que pueden afectar el juicio del funcionario y por tanto incidir en la decisión que deba tomar en el procedimiento que tenga bajo su conocimiento.

20. FUENTES I GASÓ, J. R., “Buenas prácticas y códigos de conducta. ¿Sustitutivos de la Legislación?”, en MONTORO CHINER, M.^a J. y SOMMERMANN, K. P., *Gute Rechtsetzung. La Buena Legislación*, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer, 2015, pp. 137-168.

21. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n.º 2818 Extraordinario, Caracas, 1 de julio de 1981, artículos 36 y siguientes.

Para estas situaciones la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana establece que el funcionario público deberá plantear su inhibición y poner en conocimiento de la situación a su superior jerárquico, a quien le corresponde decidir si separa al funcionario inhibido del conocimiento del asunto –y lo asigna a un funcionario de igual jerarquía– o devuelve el expediente al funcionario inhibido, en caso de rechazar los motivos de la inhibición.

A pesar de ser una norma de larga data en la legislación venezolana, es la única vigente que de mejor forma presenta una posible solución ante la ocurrencia de situaciones que planteen conflicto de interés, puesto que ni la Constitución venezolana de 1999 ni el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos disponen de algún mecanismo para su tratamiento.

3

Los conflictos de interés y los órganos de control fiscal en Venezuela

Por disposición del artículo 274 de la Constitución venezolana de 1999, corresponde a los órganos del Poder Ciudadano –Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo y Ministerio Público– “velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado”²². Concretamente es la Contraloría General de la República la que tiene la competencia para ejercer el “control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos”²³, para lo cual puede:

“(…) inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley”²⁴.

Dichos mecanismos de control tienen como finalidad garantizar la buena gestión de los intereses públicos, en especial la correcta aplicación del gasto por parte de las distintas instituciones públicas que ejecutan políticas públicas

22. ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...*, ob. cit., artículo 274.

23. *Ibíd.*, artículo 287.

24. *Ibíd.*, artículo 289, numeral 3.

o prestan los servicios que reclama la sociedad, convirtiéndose así en garantía del Estado de derecho y del sistema democrático²⁵.

Para ello, se requiere de órganos, mecanismos y procedimientos que permitan revisar la legalidad, sinceridad y adecuación de la actividad que realizan los distintos órganos y entes del Estado y establecer las responsabilidades a que hubiere lugar, cuya idoneidad y efectividad permitirá —en un largo plazo— la satisfacción de necesidades ciudadanas.

Adicionalmente, se requiere que la actuación de los funcionarios encargados de revisar la legalidad, sinceridad, eficacia y eficiencia del gasto público responda a los principios de imparcialidad y objetividad. En este sentido las situaciones de conflicto de interés son un elemento que puede afectar el juicio de un funcionario encargado de auditar, fiscalizar y controlar el adecuado uso de los fondos públicos y, en consecuencia, la actuación de los órganos de control fiscal.

La adecuada o inadecuada actuación de los funcionarios de los órganos de control fiscal puede impactar en el correcto uso de los fondos y bienes públicos, puesto que son quienes deben revisar que los recursos del Estado sean utilizados para el fin que estaba previsto; a saber, la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

De ahí que sea necesario supervisar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses que se pueden presentar a través de las actuaciones que ejecutan los órganos de control fiscal en Venezuela, puesto que se trata de circunstancias que atentan contra el juicio del funcionario fiscalizador, impactan sobre la confianza pública de las instituciones de control fiscal y pueden incidir en la satisfacción o no de las necesidades colectivas.

3.1

El Sistema Nacional de Control Fiscal en Venezuela

Como se indicó, corresponde a la Contraloría General de la República velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, pudiendo en el ejercicio de sus competencias: 1. ejercer el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos y las operaciones relativas a los mismos; 2. inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas

25. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El control de la Administración pública: una perspectiva integradora”, en RODRÍGUEZ-ARANA, J., DELPIAZZO, C., SILVA FILHO, J. DA, VALIM, R. y RODRÍGUEZ, M. (coords.), *Control administrativo de la actividad de la Administración*, volumen 1 (en línea), Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP, Sao Paulo, 2019, pp. 230-248 (consulta: 13 febrero 2020). Disponible en: <https://fida.tcm.sp.gov.br/Pagina/11104/11625>

jurídicas del sector público sometidos a su control, practicar fiscalizaciones, iniciar investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, dictar medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley²⁶.

Esta labor de inspección y fiscalización también fue confiada a los órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal, mencionado en el artículo 290 de la Constitución venezolana de 1999 y desarrollado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

De conformidad con el artículo 4 de la mencionada Ley, el Sistema Nacional de Control Fiscal es el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que bajo la rectoría de la Contraloría General de la República interactúan entre sí de forma coordinada, para garantizar –entre otros– el buen funcionamiento de la Administración pública²⁷.

Así, el Sistema Nacional de Control Fiscal lo conforman los distintos órganos y entes públicos en los diferentes niveles político-territoriales (República, estados y municipios); la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna; los órganos de control fiscal, y los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio de su derecho a la participación en el control de la gestión pública²⁸.

Los órganos de control fiscal que integran el sistema son: 1) Contraloría General de la República; 2) contralorías de los estados, distritos, distritos metropolitanos y municipios; 3) Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional; 4) unidades de auditoría interna de los órganos y entes públicos. Los primeros 3 grupos de órganos son clasificados como órganos de control fiscal externo, es decir, son estructuras que no se encuentran incorporadas dentro del organigrama de las instituciones públicas que auditan, fiscalizan e inspeccionan, y por tanto gozan de autonomía orgánica funcional y administrativa²⁹, mientras que las unidades de auditoría interna son órganos de control fiscal interno, dado que se encuentran dentro de la estructura interna del órgano o ente público que auditan, fiscalizan e inspeccionan, adscritos a la máxima autoridad de la institución³⁰.

26. ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...*, ob. cit., artículo 289.

27. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 6013 Extraordinario, Caracas, 23 de diciembre de 2010, artículo 4.

28. *Ibíd.*, artículo 24.

29. *Ibíd.*, artículos 3, 43 y 44.

30. *Ibíd.*, artículo 4.

Esta clasificación entre órganos de control fiscal interno o externo debe ser tomada en consideración al momento del análisis de los conflictos de interés, puesto que los funcionarios de las unidades de auditoría interna, al encontrarse dentro de la estructura de los órganos que deben fiscalizar y supervisar, no tienen autonomía financiera o funcional, sino que dependen de las asignaciones presupuestarias que realice el órgano; de ahí que sobre los funcionarios que prestan sus servicios en estos órganos de control pudieran presentarse mayores situaciones de conflicto de interés que en los funcionarios de los órganos de control fiscal externo.

También es importante considerar, a los efectos del análisis, prevención y mitigación de los conflictos de interés, el nivel político territorial que ocupe el órgano de control fiscal externo dentro del sistema, es decir, si la situación de conflicto de interés se presenta en la Contraloría General de la República (órgano nacional y rector del sistema) o si se presenta en una contraloría estatal o municipal.

En el próximo apartado se analizarán las posibles situaciones de conflictos de interés que pueden presentarse en los órganos de control fiscal –interno y externo– que existen a nivel local en Venezuela.

3.2

Órganos de control fiscal a nivel local en Venezuela

El artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal señala que el poder público a nivel local se ejerce a través de 4 grandes funciones: 1) la función ejecutiva, desarrollada por el alcalde, quien ejerce las funciones de gobierno y administración de la hacienda pública; 2) la función deliberante, que corresponde al concejo municipal, responsable, entre otras cosas, de dictar las normas que rigen la vida local; 3) la función de planificación, ejercida por el consejo local de planificación pública; y 4) la función de control fiscal, ejercida por la contraloría municipal³¹, a quien corresponden el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes de los órganos y las entidades municipales centralizadas y descentralizadas sujetas a su control³², así como las operaciones relativas a los mismos, para lo cual goza de autonomía orgánica, funcional y administrativa³³.

31. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 6015 Extraordinario, Caracas, 28 de diciembre de 2010, artículo 75.

32. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República...*, ob. cit., artículo 44.

33. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal...*, ob. cit., artículos 100 y 101.

Es la contraloría municipal el órgano de control fiscal interno a nivel local, pero, además –como se indicó en el punto anterior–, existen las unidades de auditoría interna, como órganos de control fiscal interno de cada uno de los órganos y entes públicos municipales.

Ambos órganos de control fiscal tienen competencia para realizar auditorías, inspecciones, fiscalizaciones, exámenes, estudios, análisis, investigaciones de los órganos y entes públicos locales sujetos a su control, con la finalidad de comprobar la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de sus operaciones, y evaluar el cumplimiento de los resultados de sus acciones y la eficacia, eficiencia, economía, calidad e impacto de su gestión³⁴.

Adicionalmente tienen competencia para iniciar procedimientos encaminados a determinar las responsabilidades que pudieren originarse por inadecuado manejo, resguardo, custodia y administración de fondos y bienes públicos, a saber: la potestad de investigación y el procedimiento de determinación de responsabilidades.

De acuerdo con ABACHE CARVAJAL, la potestad de investigación constituye una representación de la clásica actividad de policía, y se manifiesta con “(i) la actividad de investigación propiamente dicha, mediante la cual se descubren hechos anteriormente ignorados o desconocidos; y (ii) la actividad de comprobación, a través de la cual se constata la existencia de hechos conocidos pero inciertos”³⁵.

La potestad de investigación busca garantizar que la actuación de los funcionarios públicos que manejen, resguarden o custodien fondos y bienes públicos se realice con sujeción a la ley y al derecho, así como dejar constancia de los hechos verificados por el órgano de control, que eventualmente –aunque esto no constituye un requisito *sine qua non*– darían lugar al establecimiento de responsabilidades posteriores, mientras que el procedimiento de determinación de responsabilidades tiene como fin comprobar la ocurrencia de hechos, actos u omisiones que pudieran conducir a la declaratoria de responsabilidad personal de un funcionario público. Este procedimiento culmina –en caso de ser procedente– con la declaratoria de

34. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República...*, ob. cit., artículos 41 y 46.

35. Citado en: VIVAS ROSO, J., “La buena Administración y el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n.º 16, septiembre-diciembre 2018 (en línea), pp. 379-413 (consulta: 4 abril 2020). Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2020/03/Jessica-Vivas-Roso-La-buena-Administraci%C3%B3n-y-el-procedimiento-de-determinaci%C3%B3n-de-responsabilidad-administrativa-de-la-Ley-Org%C3%A1nica-de-la-Contralor%C3%ADa-General-de-la-Rep%C3%BAblica.pdf>

responsabilidad del funcionario o funcionarios involucrados; el establecimiento de multas y reparos correspondientes; y funge como presupuesto para el establecimiento de las penas accesorias previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal³⁶.

3.3

Situaciones que pueden suponer conflictos de interés en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local en Venezuela

Vistas las competencias de los órganos de control fiscal a nivel local en Venezuela –internos y externos– se deben analizar las posibles situaciones de conflicto de interés que pueden presentarse en el curso de las actuaciones de los mencionados órganos de control. En este sentido, se observan:

3.3.1

Situaciones previstas en las Normas Generales de Auditoría de Estado

Las Normas Generales de Auditoría de Estado regulan la actuación de los órganos de control fiscal –internos y externos– cuando practican el examen objetivo, sistemático, profesional y posterior de las operaciones financieras, administrativas y técnicas de los órganos y entes públicos³⁷.

Estas Normas establecen la obligación de los funcionarios auditores de actuar con objetividad e imparcialidad, encontrándose obligados a inhibirse de acuerdo con los supuestos previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así, puede observarse que, en un primer momento, las Normas Generales de Auditoría de Estado prevén las situaciones de conflicto de interés que están reguladas en la normativa administrativa general –y que ya fueron referidas en el apartado 2.3 del presente trabajo–. Es decir, se previó la posibilidad de que un funcionario auditor pueda encontrarse con situaciones de conflicto de interés reales, así como la forma como se gestionan esos conflictos, a saber, mediante la inhibición del funcionario del asunto cuyo conocimiento le corresponda.

36. *Ibíd.*, pp. 393-394.

37. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Resolución N.º 01.00.000090 del 21 de mayo de 2013 mediante la cual se dictan las Normas Generales de Auditoría de Estado*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 40 172 Ordinario, Caracas, 22 de mayo de 2013.

Adicionalmente, el artículo 20 de las Normas Generales de Auditoría de Estado establece una prohibición para las personas que se quieran desempeñar como auditores:

“Artículo 20: No podrán desempeñarse como auditores:

- 1) Quienes tengan parentesco de hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sociedad de intereses con las máximas autoridades u otros directivos del órgano o ente a evaluar.
- 2) Quienes durante los dos (2) años anteriores a la fecha de ejecución de la respectiva auditoría, se hubieren desempeñado como directores, gerentes o su equivalente del órgano o ente a evaluar; o que en cualquier forma hayan intervenido en la administración, manejo o custodia de los recursos de dichos órganos o entes.
- 3) Quienes durante los dos (2) años anteriores a la fecha de ejecución de la auditoría, se hubieran desempeñado como funcionarios o empleados de órganos de control fiscal y en tal carácter hubieren intervenido en la supervisión o ejecución de actividades de control realizadas en el órgano o ente a evaluar.
- 4) Quienes conformen personas jurídicas o hayan mantenido relaciones laborales de cualquier índole con organizaciones o instituciones nacionales o extranjeras cuyos intereses están en conflicto con los de la República (...)”³⁸.

Sobre esta norma se deben realizar varias precisiones:

1. En primer lugar la norma regula situaciones de conflicto de interés, en virtud de que las situaciones en ella contenidas tienen la posibilidad de afectar el juicio del funcionario público que se desempeñe como auditor, lo cual permite diferenciarla de una norma que establezca alguna situación de inhabilidad.

2. A pesar de ser una norma que regula situaciones de conflicto de interés, se le da un tratamiento distinto al previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que las situaciones de conflictos de interés se gestionan a través de la figura de la inhabilitación –artículo 36–, es decir, el funcionario debe separarse del conocimiento del asunto que le ha sido encomendado de acuerdo con las competencias legalmente atribuidas; mientras que las Normas Generales de Auditoría de Estado establecen una prohibición para el ejercicio del rol de auditor.

³⁸. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Resolución N.º 01.00.000090 del 21 de mayo de 2013...*, ob. cit., artículo 36.

3. Tanto la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos como las Normas Generales de Auditoría de Estado regulan la misma situación de conflicto de interés, a saber, parentesco de hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las máximas autoridades u otros directivos del órgano o ente a evaluar, solo que en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el procedimiento es de inhabilitación, mientras que en las Normas Generales de Auditoría de Estado existe una prohibición para ejercer las funciones de auditor, con lo cual surge la duda sobre cuál de las dos normas y mecanismos de gestión de los conflictos de interés debe aplicarse.

Somos del criterio que deberá analizarse de forma concreta la situación de conflictos de interés de que se trate, antes de determinar la norma aplicable. Por ejemplo, si un funcionario que ya ingresó en un órgano de control fiscal debe realizar una auditoría de un ente público en el cual ha sido recientemente designado un familiar como máxima autoridad, el funcionario del órgano de control fiscal deberá inhibirse del conocimiento del asunto y en este caso se aplicará el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En el caso contrario —es decir, primero se designa como máxima autoridad de un órgano o ente público a un familiar de un sujeto que opte para el cargo de auditor—, se aplicaría la prohibición contenida en las Normas Generales de Auditoría de Estado; es decir, la persona que aspira a optar por el cargo de auditor no podrá ejercer tales funciones hasta que desaparezca el conflicto de interés planteado.

Sin embargo, para proceder de esta manera es necesario que los órganos de control fiscal puedan exigir a los sujetos que aspiren a ingresar en dichas instituciones la declaración de conflictos de interés, concretamente consultando si el aspirante cuenta con familiares que presten sus servicios en alguno de los órganos o entes sujetos a control.

4. Las situaciones previstas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 20 de las Normas Generales de Auditoría de Estado pueden considerarse conflictos de interés potenciales, en virtud de que eventualmente pudieran afectar el juicio de un funcionario auditor, y es por ello que se ha previsto la prohibición del ejercicio de la función auditora por un período de 2 años o mientras dure la situación que genera el conflicto de interés.

Así, puede concluirse que las Normas Generales de Auditoría de Estado regulan dos tipos de conflictos de interés: 1) los conflictos de interés reales, que se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y 2) los conflictos de interés potenciales, regulados en el artículo 20 de las Normas Generales de Auditoría de Estado.

3.3.2

Situaciones previstas en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, en sus artículos 66 y 67, regula el tratamiento que debe darse a los procedimientos de determinación de responsabilidad que pudieren iniciarse contra máximas autoridades y funcionarios de alto nivel de los órganos y entes públicos en ejercicio de sus funciones. Al respecto se dispone:

“Artículo 66. Cuando de las investigaciones o actuaciones de control que practiquen los órganos de control fiscal externo y las unidades de auditoría interna de los órganos y entidades señalados en el artículo 65 de este Reglamento, surgieren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparo, determinación de responsabilidad administrativa o imposición de multa a funcionarios calificados como de alto nivel a los fines de dicho artículo, que se encuentren en ejercicio de sus cargos, remitirán el expediente respectivo a la Contraloría General de la República.

Artículo 67. Cuando de las investigaciones o actuaciones de control que practiquen las unidades de auditoría interna de los órganos y entidades a quienes les incumbe el ejercicio del poder público en los estados, distritos, distritos metropolitanos y municipios, surgieren elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a la formulación de reparo, determinación de responsabilidad administrativa o imposición de multa a los titulares o máximas autoridades jerárquicas de dichos órganos o entidades, que se encuentren en ejercicio de sus cargos, y no estén calificados como funcionarios de alto nivel a los fines de la remisión del expediente a la Contraloría General de la República, en el artículo 65 de este Reglamento³⁹, remitirán el expediente a las contralorías de los estados,

39. Se considera funcionarios de alto nivel a los titulares, máximas autoridades jerárquicas e integrantes de los cuerpos colegiados o deliberantes de: 1) los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional; 2) los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los estados, distritos, distritos metropolitanos, municipios y territorios federales; 3) los institutos autónomos nacionales; 4) el Banco Central de Venezuela; 5) las universidades públicas nacionales; 6) las demás personas jurídicas de derecho público nacionales; 7) las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales 1 y del 3 al 8, del artículo 65 del Reglamento, tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquellas; 8) las fundaciones y asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos nacionales, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales 1 y del 3 al 8 del artículo 65 del Reglamento, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes

distritos, distritos metropolitanos y municipios, según corresponda con su ámbito de competencia⁴⁰.

En estos casos, los órganos de control fiscal local –interno o externo– ya han practicado alguna actuación de control, de acuerdo con las Normas Generales de Auditoría de Estado. De esas actuaciones de control existe algún elemento de convicción que puede dar lugar al inicio de procedimientos de determinación de responsabilidad; sin embargo, ambos artículos limitan la posibilidad de los órganos de control fiscal de dar inicio a tales procedimientos, cuando las posibles personas involucradas en los mismos sean funcionarios de alto nivel o máximas autoridades en el ejercicio de sus funciones.

Aunque la situación contenida en ambos artículos no está claramente definida como una situación de conflicto de interés, el análisis de la misma conlleva concluir que en ella se pretende gestionar soluciones a estos incidentes, más concretamente en los casos de las unidades de auditoría interna.

En efecto, como se indicó anteriormente, las unidades de auditoría interna son órganos de control fiscal que se encuentran dentro de las estructuras organizativas de los órganos y entes públicos que auditan, controlan y supervisan, y, en este sentido, se encuentran adscritos a la máxima autoridad de dichas instituciones.

Si una unidad de auditoría interna inicia un procedimiento de determinación de responsabilidades contra la máxima autoridad de la institución o un funcionario de alto nivel, existe respecto del titular de la unidad de auditoría interna y el funcionario al que se le inicia el procedimiento una relación de jerarquía y dependencia –una situación de conflicto de interés real– que puede afectar el juicio del funcionario encargado de tramitar y decidir el procedimiento.

Por ello el reglamentista ha privado a las unidades de auditoría interna de dar curso a esos procedimientos y ha ordenado que, frente a esos casos, se remitan los documentos correspondientes a otro órgano de control fiscal –Contraloría General de la República para el caso de los funcionarios de alto nivel en ejercicio de sus funciones y contraloría municipal en casos de máximas autoridades en ejercicio de sus cargos–, que será el responsable de tramitar y decidir el procedimiento respectivo.

presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario por una o varias de las personas a que se refieren dichos numerales representen el cincuenta por ciento (50 %) o más de su presupuesto.

40. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 39 249 Ordinario, Caracas, 12 de agosto de 2009.

3.3.3

Situaciones no previstas

Por último, es necesario referirse a algunas situaciones de conflicto de interés no previstas directamente en las normas analizadas, pero que pueden surgir en el momento en que los órganos de control fiscal –internos o externos– realicen auditorías, fiscalizaciones y demás actuaciones a los sujetos bajo su control.

Específicamente, nos referimos a la posibilidad de que en las auditorías que se realicen a entes públicos se analicen documentos o procesos administrativos que estén directamente relacionados con la gestión administrativa de los órganos de control fiscal; por ejemplo, que en una auditoría que realice la contraloría municipal a la dirección de presupuesto de la alcaldía se analice el procedimiento de otorgamiento de créditos adicionales al presupuesto, y en la muestra de la auditoría se encuentren uno o más créditos adicionales tramitados y aprobados a favor de la contraloría municipal. Otro ejemplo, es cuando una unidad de auditoría interna de la alcaldía realice una auditoría sobre los procedimientos de selección y reclutamiento de personal, y en la muestra auditada se encuentren procedimientos de selección del personal que trabaje para la unidad de auditoría interna.

¿Cómo deben proceder los funcionarios auditores si evidencian irregularidades en estos procedimientos? ¿Qué pasaría si las irregularidades están relacionadas con sus procesos, por ejemplo, con un crédito adicional aprobado a la contraloría municipal o con un personal que haya ingresado a prestar sus servicios en la unidad de auditoría interna?

Según nuestro criterio, en estos casos estamos en presencia de conflictos de interés reales susceptibles de afectar no solo el juicio analítico del funcionario que realiza la auditoría, sino también la gestión del órgano de control fiscal de que se trate.

Frente a estos casos consideramos que lo idóneo sería que el órgano de control fiscal respectivo se inhiba del conocimiento del asunto y remita las actuaciones a otro órgano de control fiscal; por ejemplo, la unidad de auditoría interna podrá remitir las actuaciones a la contraloría municipal, mientras que la contraloría municipal podrá remitir las actuaciones a la Contraloría General de la República.

Si bien los procedimientos de auditoría no son susceptibles de generar un impacto directo en los órganos auditados, pueden servir de fundamento para el inicio de potestades de investigación o de procedimientos de determinación de responsabilidades, de ahí que, si se quiere garantizar la legalidad, objetividad e imparcialidad tanto de la auditoría como del eventual procedimiento sancionatorio, lo ideal sería que frente a situaciones como las presentadas en este apartado los órganos de control fiscal se separen del conocimiento de tales actuaciones.

En resumen, las situaciones de conflicto de interés que pueden presentarse a los funcionarios de los órganos de control fiscal municipal son:

Situación de conflicto	Forma de manejo del conflicto	Normativa que lo regula
<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando el funcionario auditor, su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el resultado de la auditoría, fiscalización o verificación que deba realizar el funcionario auditor. 2. Cuando el funcionario auditor tuviere amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento de auditoría. 3. Cuando el funcionario auditor hubiere intervenido como testigo o perito en la gestión de la administración por el período que deba auditar, o si en su condición de funcionario de un órgano de control hubiere manifestado previamente su opinión en el asunto, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna. 4. Cuando el funcionario auditor tuviere relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto. 	<p>El funcionario auditor deberá informar la situación de conflictos de interés a su superior jerarca e inhibirse del conocimiento del asunto.</p>	<p>Normas Generales de Auditoría de Estado. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Parentesco de hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sociedad de intereses con las máximas autoridades u otros directivos del órgano o ente a evaluar. 2. Cuando un sujeto, durante los dos (2) años anteriores a la fecha de ejecución de una auditoría, se hubiere desempeñado como director, gerente o su equivalente del órgano o ente a evaluar; o que en cualquier forma haya intervenido en la administración, el manejo o la custodia de los recursos de dicho órgano u ente. 	<p>Prohibición de desempeñarse como auditores.</p>	<p>Normas Generales de Auditoría de Estado.</p>

Situación de conflicto	Forma de manejo del conflicto	Normativa que lo regula
<p>3. Cuando un sujeto, durante los dos (2) años anteriores a la fecha de ejecución de la auditoría, se hubiera desempeñado como funcionario o empleado de un órgano de control fiscal y en tal carácter hubiere intervenido en la supervisión o ejecución de actividades de control realizadas en el órgano o ente a evaluar.</p> <p>4. Cuando un sujeto haya mantenido relaciones laborales de cualquier índole con organizaciones o instituciones nacionales o extranjeras cuyos intereses están en conflicto con los de la República.</p>		
<p>1. Procedimiento de determinación de responsabilidad contra funcionarios de alto nivel en ejercicio de sus funciones, como consecuencia de actuaciones de control practicadas por órganos de control externo y unidades de auditoría interna.</p> <p>2. Procedimiento de determinación de responsabilidad contra máximas autoridades de órganos y entes públicos en ejercicio de sus funciones, como consecuencia de actuaciones de control practicadas por las unidades de auditoría interna.</p>	<p>Se deberá remitir el expediente a la Contraloría General de la República o la contraloría municipal según sea el caso.</p>	<p>Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.</p>
<p>1. En las auditorías que se realicen a entes públicos, en que se analicen documentos o procesos administrativos que estén directamente relacionados con la gestión administrativa de los órganos de control fiscal.</p>	<p>Se deberá remitir el expediente a la Contraloría General de la República o la contraloría municipal según sea el caso.</p>	<p>No existe regulación normativa expresa.</p>

4

Reflexiones finales

Las situaciones de conflicto de interés pueden no solo afectar la capacidad de decisión de los funcionarios públicos, sino también impactar en el normal funcionamiento de las instituciones del Estado. Los funcionarios de los órganos de control fiscal—encargados de velar por el adecuado resguardo, manejo,

custodia de fondos y bienes públicos– también son susceptibles de encontrarse frente a situaciones de conflicto de interés en el ejercicio de sus funciones –auditorías, inspecciones, fiscalizaciones y procedimientos de determinación de responsabilidad–, aunque dichos incidentes se encuentran escasamente regulados en la legislación venezolana.

El procedimiento de inhibición previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos constituye la norma principal para resolver estos supuestos de conflicto, la cual resulta aplicable incluso ante las situaciones que se presenten a los funcionarios del Sistema Nacional de Control Fiscal.

El impacto que pueden tener los conflictos de interés en la labor de los órganos de control fiscal en Venezuela puede redundar en una inadecuada fiscalización de los fondos públicos, bien porque se busque beneficiar a un familiar o amigo y eximirlo de las posibles sanciones ante un posible inadecuado manejo de fondos y bienes públicos, o porque se quiera perjudicar a un enemigo con sanciones injustas.

Si no se garantiza que el gestor de fondos públicos actúe conforme a la ley –por existir la posibilidad de que el funcionario encargado de inspeccionar la gestión y sancionar a los responsables vea comprometido su juicio de valor al momento de cumplir con sus funciones por situaciones de conflicto de interés– se puede afectar no solo el funcionamiento de las instituciones públicas, sino también el disfrute de los derechos de los ciudadanos.

Por ello, debe tratarse con especial importancia la regulación de los conflictos de interés de los órganos encargados de garantizar el adecuado uso de los fondos y bienes públicos –órganos de control fiscal internos o externos, tribunales de cuentas, unidades de auditoría, entre otros–, dado que son tales órganos los que tienen la responsabilidad de velar por la correcta ejecución y utilización del gasto.

5

Bibliografía

Doctrina:

ACCIÓN CIUDADANA, CÁMARA DE COMERCIO DE GUATEMALA Y CENTRO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS NACIONALES, *Los conflictos de interés en el sector público*, Magna Terra editores, Guatemala, 2004.

ARELLANO GAULT, D. y LEPORE, W., “Prevención y control de conflictos de interés: lecciones para la Administración Pública Federal en México a partir de la experiencia internacional”, *Estado, gobierno, gestión públi-*

- ca: *Revista Chilena de Administración Pública*, n.º 10, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos (INAP), 2007.
- FUENTES I GASÓ, J. R., “Buenas prácticas y códigos de conducta. ¿Sustitutivos de la Legislación?”, en MONTORO CHINER, M.ª J. y SOMMERMANN, K. P., *Gute Rechtsetzung. La Buena Legislación*, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer, 2015.
- GARCÍA MEXÍA, P., *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- MICHELE, R. y DASSEN, N. DE, *Conflicto de intereses: Desafíos y oportunidades para implementar un sistema efectivo de prevención y control* (en línea), Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18235/0001362>
- OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*, Primera Edición, Parlamento de Cataluña, Barcelona, 2016.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Managing Conflict of Interest in the Public Service* (online), OECD Publications, París, 2003. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf>
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El control de la Administración pública: una perspectiva integradora”, en RODRÍGUEZ-ARANA, J., DELPIAZZO, C., SILVA FILHO, J. DA, VALIM, R. y RODRÍGUEZ, M. (coords.), *Control administrativo de la actividad de la Administración*, volumen 1 (en línea), Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP, Sao Paulo, 2019, pp. 230-248. Disponible en: <https://fida.tcm.sp.gov.br/Pagina/11104/11625>
- VEEDURÍA DISTRITAL, “Gestión de Conflictos de Intereses en el Sector Público Distrital”, *Serie Metodologías para el control preventivo*, n.º 6, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2018.
- VIVAS ROSO, J., “La buena Administración y el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n.º 16, septiembre-diciembre 2018 (en línea), Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2020, pp. 379-413. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2020/03/Jessica-Vivas-Roso-La-buena-Administraci%C3%B3n-y-el-procedimiento-de-determinaci%C3%B3n-de-responsabilidad-administrativa-de-la-Ley-Org%C3%A1nica-de-la-Contralor%C3%ADa-General-de-la-Rep%C3%BAblica.pdf>

Legislación:

ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda N.º 1*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 5908 Extraordinario, Caracas, 19 de febrero de 2009.

_____*Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 38 193 Ordinario, Caracas, 23 de mayo de 2005.

_____*Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 6013 Extraordinario, Caracas, 23 de diciembre de 2010.

_____*Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 6015 Extraordinario, Caracas, 28 de diciembre de 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n.º 2818 Extraordinario, Caracas, 1 de julio de 1981.

_____*Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana contra la Corrupción*, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, n.º 36 211 Ordinario, Caracas, 22 de mayo de 1997.

CONSEJO MORAL REPUBLICANO, *Resolución N.º CMR-016-2013 del 11 de diciembre de 2013 mediante la cual se dicta el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 40 314 Ordinario, Caracas, 12 de diciembre de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Resolución N.º 01.00.000090 del 21 de mayo de 2013 mediante la cual se dictan las Normas Generales de Auditoría de Estado*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 40 172 Ordinario, Caracas, 22 de mayo de 2013.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n.º 39 249 Ordinario, Caracas, 12 de agosto de 2009.

QDL53

**II.
PONENCIAS,
CRÓNICAS Y
NOTAS**

La gestión de crisis corporativa desde una visión jurídica*

RAFAEL ENTRENA FABRÉ

Abogado

1. Introducción
2. El lastre de la corrupción. Un factor adicional
3. Los riesgos de la transparencia
4. Medidas preventivas. El *compliance* en el sector público
5. Los protocolos de crisis
6. La crisis
 - 6.1. El incidente
 - 6.2. Efectos inmediatos
 - 6.3. Comité de crisis
 - 6.4. Estrategia
 - 6.5. El portavoz
 - 6.6. Acompañamiento personal
 - 6.7. Defensa jurídica
 - 6.8. La reputación
7. Conclusiones

Resumen

La gestión de crisis corporativa vinculada a un proceso penal debe afrontarse teniendo en cuenta todos los aspectos implicados: político, económico, comunicativo, jurídico y reputacional, y sin olvidar la mejor defensa para las personas físicas implicadas y su acompañamiento. Ello implica la necesidad de establecer mecanismos preventivos a través de políticas de cumplimiento normativo y transparencia, protocolos que permitan evitar o disminuir daños reputacionales para personas e instituciones y diseñar estrategias para la gestión de cada caso concreto.

Artículo recibido el 27/05/2020; aceptado el 26/06/2020.

*. Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local “Josep Maria Esquerda” 2020, en Barcelona, el 21 de febrero de 2020.

Palabras clave: *gestión de crisis; corrupción; proceso penal; defensa jurídica; reputación; compliance; transparencia; defensa penal; protocolos; estrategia; comunicación; portavoz; interrogatorios; globalización.*

The management of a corporate crisis from a legal perspective

Abstract

The management of a corporate crisis related to a criminal process should be faced from multiple perspectives: political, economic, communicative, legal, and reputational, and from the standpoint of the best legal defence for the persons involved. This implies the need of establishing preventive mechanisms through normative policies and transparency, protocols for preventing and diminishing reputational damages for the persons and institutions and the design of strategies for the case-by-case management.

Keywords: management crisis; corruption; criminal process; legal defence; reputation; compliance; transparency; criminal defence; protocols; strategy; communication; spokesman; interrogation; globalization.

1

Introducción

Estamos sumidos en la era de la globalización, en la que la comunicación digital hace viral, en segundos, el estallido de una crisis corporativa.

Sus efectos son especialmente graves cuando la crisis se asocia a una investigación penal sobre hechos desarrollados en el seno de un ente del sector público, lo que, indefectiblemente, tiene consecuencias reputacionales en el ámbito institucional, político y personal de los implicados.

La prevención, el tratamiento y la solución de tales crisis no pueden realizarse de manera estanca respecto de las distintas dimensiones del problema. Deben establecerse, evidentemente, mecanismos preventivos, pero, de generarse un incidente grave, que puede comportar responsabilidades y tener múltiples consecuencias, este debe afrontarse teniendo en cuenta todos los aspectos implicados: político, económico, comunicativo, jurídico y reputacional, y sin olvidar la mejor defensa para las personas físicas implicadas y su acompañamiento.

Lamentablemente, no es este el escenario más frecuente ante este tipo de situaciones. La falta de preparación, la inexistencia de una estrategia medi-

tada, una errática política comunicativa y la precipitación en la adopción de decisiones de todo tipo, pueden agravar una situación ya de por sí compleja, y, más aún, abocar a puntos sin retorno, con daños personales, económicos y reputacionales de muy difícil –cuando no imposible– reparación.

Las reflexiones y propuestas de la presente ponencia se formulan desde la experiencia profesional, como letrado en ejercicio, de quien ha participado en numerosas crisis de esta naturaleza. Creo necesario destacar que, cuanto sigue, se expresa desde la convicción de que la Administración pública y sus agentes deben cumplir, como no puede ser de otra manera, con la legalidad vigente y el más profundo respeto a la actuación policial y judicial. Sin embargo, no puede soslayarse que, en no pocas situaciones, cargos electos y empleados públicos se ven implicados, de manera injusta, en procesos penales en los que, aunque a la postre sean absueltos, se producen daños irreparables para ellos mismos y para el prestigio del ente en el que prestan sus servicios.

2

El lastre de la corrupción. Un factor adicional

1) La palabra corromper proviene del latín: *corrumpere*, y supone alterar, trastocar la forma de alguna cosa. La segunda acepción del término es: echar a perder, depravar, dañar, pudrir... Co-romper es un acto que supone la participación de al menos dos personas; se rompe co-participando.

La corrupción es un fenómeno global. En los países subdesarrollados suele ser un mal endémico y generalizado en todos los estratos de la organización gubernamental y administrativa, pero tampoco es ajeno a los países de nuestro entorno.

2) **El Índice de Percepción de la Corrupción**, de Transparencia Internacional, analiza las percepciones sobre corrupción en el sector público en 180 países. Si bien ningún país está exento de corrupción, los países en el extremo superior comparten características de gobierno abierto, libertad de prensa, libertades civiles y sistemas judiciales independientes.

Nueva Zelanda y Dinamarca ocupan el primer lugar, y Siria, Sudán del Sur y Somalia tienen las puntuaciones más bajas. Los países en el extremo inferior del Índice se distinguen por una impunidad generalizada de la corrupción, gobernabilidad deficiente e instituciones frágiles.

En Europa, 14 de los 20 países que se encuentran en las primeras posiciones del IPC de 2019 forman parte de la región de Europa Occidental y la Unión Europea. Con 87 puntos, Dinamarca es el país con la puntuación más alta de la región, seguido por Finlandia (86), Suecia (85) y Suiza (85). Los

países con las puntuaciones más bajas de la región son Bulgaria (43), Rumania (44) y Hungría (44).

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL otorga a ESPAÑA, en el 2019, una puntuación de 62 puntos. Con esta calificación, España ocupa la posición 30 entre los 180 países estudiados en el IPC de este año, junto con Portugal, Barbados y Qatar. Por otro lado, España se ubica, junto con Portugal, en el puesto número 13 entre los 28 países de la Unión Europea.

TI destaca que los conflictos de interés, el uso indebido de recursos públicos con fines electorales, la transparencia insuficiente de los partidos políticos y la financiación de campañas, así como la falta de independencia de los medios, son problemas frecuentes que deben recibir atención prioritaria de los Gobiernos nacionales y de la UE.

3) Los numerosos casos de corrupción investigados, juzgados y generosamente difundidos por los medios de comunicación, han generado desconfianza hacia el poder político y los empleados públicos, de tal modo que, a mi entender, en numerosas ocasiones, en el loable intento de las fuerzas policiales, fiscalía y órganos judiciales de investigar y castigar actos de corrupción, se ha incurrido en excesos, olvidando, incluso, el principio de presunción de inocencia.

En efecto, si bien es evidente que ha habido notorios casos de corrupción en España, que han supuesto el desvío de importantísimas cantidades de dinero público que, en consecuencia, no ha podido ser destinado a las finalidades que le son propias, con el consiguiente perjuicio para la ciudadanía, y que dichas conductas merecen el máximo reproche social y su castigo a través de la imposición de las penas previstas en el Código Penal, no es menos cierto que se ha pasado de una relativa impunidad en el pasado a situaciones en que se criminalizan meras irregularidades administrativas y, a menudo, se desarrollan auténticas auditorías penales de entes del sector público.

Todo ello, a su vez, genera un efecto pernicioso: el miedo de cargos electos y empleados públicos a adoptar decisiones para no incurrir en un riesgo penal, con el consiguiente colapso de la Administración pública.

4) En definitiva, la modificación de la normativa de contratación pública, las leyes de transparencia, los registros de grupos de interés y otras medidas encaminadas a preservar la imparcialidad, objetividad y transparencia en la gestión de los recursos públicos, son medidas que, sin duda, van en la buena dirección, pero lo que resulta inaceptable es que la información pública se vea sistemáticamente evaluada desde la perspectiva de la sospecha y la presunción de que el gestor de fondos públicos es un delincuente en potencia.

5) Creo que es momento de reivindicar que, de manera absolutamente mayoritaria, los cargos electos y los empleados públicos son honestos y sus acciones se ven guiadas por el interés público y la voluntad de servicios a la

ciudadanía, por lo que las *ovejas negras* no deben llevar a una frívola generalización que conlleve el descrédito injustificado de instituciones y de tan importante colectivo.

Por ello, en la presente ponencia, del mismo modo que condeno, sin reservas, todas las conductas corruptas en la gestión de fondos públicos, no puedo ignorar que, hoy por hoy, quien se dedica a la cosa pública, aun siendo honesto, está en una situación de riesgo de ser investigado, siquiera transitoriamente, en el marco de un procedimiento como los expuestos, con el consiguiente descrédito personal y para la institución en la que presta sus servicios. Ante dicha realidad, pretendo trasladarles una serie de reflexiones e indicaciones para prevenir, limitar y, en la medida de lo posible, evitar tales consecuencias.

3

Los riesgos de la transparencia

1) La transparencia corporativa puede ser definida como aquella que permite a una persona razonable e informada la toma de decisiones, generando credibilidad hacia la empresa u organización. La transparencia es un intento deliberado por parte de la organización de crear un entorno de confianza en el que promocionar el acceso libre a la información, la comunicación abierta y la participación de todos los ciudadanos en la toma de decisiones.

2) La transparencia domina hoy el debate público y es uno de los valores emergentes en las sociedades democráticas, lo cual está íntimamente relacionado con un proceso de regeneración de las instituciones, tanto públicas como privadas, y de la reivindicación de la ciudadanía de su derecho a conocer la gestión de los fondos públicos.

Como expresa el filósofo Francesc Torralba: “La reivindicación de la cultura global de la transparencia, no es una casualidad. Nace de la desconfianza y la sospecha. La emergencia de este valor en el conjunto de la sociedad pone de manifiesto la crisis de credibilidad que experimentan las instituciones y las personas”.

En este sentido, Jean-Claude Trichet, gobernador del Banco Central Europeo, dijo: “Si hay una lección que tenemos que extraer de la crisis actual es que la transparencia es clave para el futuro de nuestras organizaciones. La transparencia será uno de los principios más importantes por una razón muy sencilla: la opacidad es una receta para el comportamiento gregario y el contagio de las malas prácticas”.

3) Es evidente, pues, que la normativa de transparencia tiene origen directo en la reivindicación ciudadana de su *derecho a saber* cómo se gestionan los

asuntos y fondos públicos, y a esta demanda no son ajenos los constantes escándalos de corrupción y malversación. Por ello, se ha repetido hasta la saciedad el aforismo de que “La luz del sol es el mejor de los desinfectantes”. Ahora bien, es sabido que la exposición prolongada a los rayos solares y sin protección tiene efectos perniciosos, puede provocar quemaduras e, incluso, cáncer.

Entiendo, por tanto, que la transparencia puede y debe ser limitada. Comienzan a alzarse algunas voces que advierten del riesgo de que, en esta carrera hacia la transparencia, pasemos de la sociedad de la opacidad a la sociedad del exhibicionismo o de la pornografía. Y en este sentido, entiendo que debe reivindicarse un derecho a la reserva o confidencialidad. Soy consciente de que esta reflexión va contra corriente y, seguramente, no es políticamente correcta, pero deberíamos plantearnos si esta Administración cristalina que se pretende genera necesariamente, y en todos los casos, efectos beneficiosos para el interés público.

Imaginemos que una multinacional estudia la implantación de un proyecto empresarial en una población determinada, una importantísima inversión que lleva aparejadas singulares actuaciones constructivas y urbanísticas, y la generación de miles de puestos de trabajo. En este caso, parece pertinente la reserva respecto de las negociaciones previas con los representantes de tal grupo inversor (sin perjuicio de dar plena publicidad a los acuerdos adoptados al final del proceso), y ello no para amparar actuaciones corruptas inconfesables, sino, al contrario, porque, de otro modo, se podrían favorecer actuaciones especulativas, y la intromisión en el proyecto de posibles competidores. Además, de otro modo, probablemente el inversor en ciernes huiría a otros lares donde sus proyectos pudiesen desarrollarse con mayor discreción y tranquilidad.

4) Por otro lado, este tipo de disposiciones pueden comportar precisamente lo contrario de lo que se pretende. Una de las consecuencias de la aprobación de la Ley de Libertad de Información de Gran Bretaña, fue que los responsables políticos fueran tremendamente cuidadosos con aquello de lo que se dejaba constancia en las reuniones de trabajo, lo que motivó, según reconocía Francis Maude, ministro del Gabinete de David Cameron, que las discusiones se trasladaran del Consejo de Ministros al *salón de té*.

5) En fin, resulta indudable que las políticas de transparencia comportan una nueva cultura en la gestión pública, en la que la interacción entre gobernantes y ciudadanos redunde en una democracia más consolidada y una mayor eficacia y eficiencia de la Administración, con una gestión ética, responsable y sostenible de los recursos públicos. Ahora bien, este proceso de transformación de la Administración debe realizarse de manera inteligente y racional.

La normativa de transparencia se ha implementado, a menudo, de manera precipitada e irreflexiva, y sin aplicar los límites que la propia ley prevé.

Ha faltado, a mi entender, un debate sereno sobre el alcance de las medidas a adoptar, una labor pedagógica sobre el verdadero trasfondo de las medidas propuestas, más allá del carácter coyuntural de antídoto frente a la corrupción, y una valoración realista de las dificultades de su activación.

6) Es, lamentablemente, habitual que la información pública no haya propiciado la participación ciudadana y, por el contrario, haya servido de instrumento para formalizar denuncias partidistas, absolutamente temerarias, e informaciones sesgadas y tendenciosas. No es este un fenómeno local: el ex primer ministro laborista británico, Tony Blair, ganó las elecciones de 1997 con un programa que contenía la promesa de impulsar una ley de acceso a la información; tras muchas reticencias, la ley fue finalmente aprobada. En sus memorias, *A Journey* (2010), Tony Blair afirma:

“Ley de Libertad de Información. Cinco palabras inocuas. Miro ahora estas palabras al escribirlas, y me dan ganas de sacudir la cabeza hasta que caiga. Qué idiota. Qué bobo tan ingenuo, estúpido e irresponsable. No hay descripción adecuada de la estupidez. Tiemblo ante la imbecilidad. La FOI no es utilizada, en la mayoría de los casos, por la gente. Es usada por periodistas. Para un líder político, es como decir a quien te está golpeando la cabeza con un palo, ‘toma, prueba con esto’, y darle una maza”.

4

Medidas preventivas. El *compliance* en el sector público

1) El Derecho Penal ha experimentado una importante evolución. Desde la protección de bienes jurídicos individuales (vida, propiedad, integridad física, honor) se ha pasado a ampliar la protección a bienes de carácter supraindividual o intereses difusos (medio ambiente, salud pública, libertad de competencia...).

Además, el Derecho Penal se configura ya no solo como el ordenamiento que castiga la lesión de bienes jurídicos, sino como el Derecho Penal del riesgo, lo que determina la introducción de estructuras de control de riesgos.

2) Entre estos mecanismos destaca lo que se conoce como programas de cumplimiento normativo (*Compliance programmes*) o de cumplimiento penal (*Criminal compliance programmes*).

La implementación de estos programas:

- Mejora la sostenibilidad del negocio.
- Facilita el fomento de una ética de empresa.
- Mejora el prestigio de la empresa.
- Mejora la situación financiera.

- Prevé la aparición de riesgos que puedan poner en riesgo su viabilidad.

Los sistemas de *compliance* no solo tienen por objetivo la exención de responsabilidades empresariales, sino que, a su vez, conforman una autorregulación de la organización y su modo de actuar. Por ello en los últimos tiempos se ha extendido la tendencia a plantear su implementación en el sector público, dada su proximidad a los sistemas de integridad institucional.

Tanto los sistemas de *compliance* como los de integridad institucional tienen como objetivo la prevención de delitos o malas prácticas. Por ello la difusión de los códigos éticos y la formación de los empleados resultan fundamentales.

- Ambos sistemas tienden a conformar y preservar unos valores: la reputación empresarial y la integridad institucional.
- Ambos sistemas prevén CANALES DE DENUNCIAS.
- Y en ambos casos debe establecerse un ÓRGANO DE VIGILANCIA:
 - *Compliance officer*.
 - Comisión Ética.

3) La normativa vigente ya permite instaurar códigos de conducta, publicar las agendas de los cargos públicos, controlar la aplicación de los recursos financieros y aplicar códigos disciplinarios. Por lo tanto, independientemente de que los sistemas de *compliance* puedan en el futuro tener reflejo específico en la normativa del sector público, resulta evidente que existen ya mecanismos para articular sistemas preventivos que fomenten la adopción de buenas prácticas, la integridad institucional y la prevención de la corrupción, lo que, de un lado, disminuirá considerablemente el estallido de una crisis de la naturaleza que nos ocupa, o, cuando menos, permitirá acotar los daños e individualizar responsabilidades.

5

Los protocolos de crisis

La previsión de riesgos penales debe ir más allá de la instauración y aplicación del programa de *compliance*. Resulta altamente recomendable que se diseñe un protocolo de crisis que pueda ser activado en el momento en que esta se produzca, de modo que haya una designación de actores, atribución de responsabilidades y procedimientos de actuación.

En primer lugar, deberá designarse al coordinador o a los coordinadores de actuación, que, lógicamente, deberá/n ser una/s persona/s no afectada/s personalmente por el problema en cuestión.

Deberá designarse, igualmente, un portavoz, que puede no coincidir con un coordinador, y que deberá tener unas cualidades que se expondrán más adelante.

Es altamente recomendable contar con el asesoramiento jurídico de un profesional especialista en Derecho Penal, el cual deberá participar en el equipo de gestión de crisis desde el primer momento, a fin de evaluar las decisiones que se adopten y que se acomoden a la mejor estrategia de defensa.

Resulta igualmente oportuno contar con una empresa de comunicación, a ser posible especializada en gestión de crisis.

Por último, deberá formalizarse un protocolo de actuación que contemple el mayor número de situaciones y aspectos y su respuesta, de manera que se actúe con automatismos y se evite la improvisación.

6 La crisis

Podemos contemplar un amplio abanico de situaciones vinculadas al Sector Público que exploten a través de una actuación policial o judicial, y que determinen una crisis corporativa. Desde una investigación por corrupción en la adjudicación de contratos públicos, pasando por un posible delito contra el medio ambiente en la gestión de residuos de un vertedero municipal, o un accidente laboral con múltiples lesionados o fallecidos.

El detonante de la crisis vinculada a un procedimiento penal suele ser la formalización de una entrada y un registro, normalmente acompañada por detenciones y la inmediata difusión por los medios de comunicación.

6.1 El incidente

Una vez detectado el incidente deben seguirse las siguientes pautas de actuación, especialmente en lo que se refiere a la comunicación facilitada desde la organización:

- Buscar información exhaustiva de la situación.
- No reaccionar ante información incompleta y filtrar la falsa: *fake news*.
- No adoptar decisiones precipitadas.
- No precipitar tuits u otras actuaciones en redes sociales.
- No transmitir información no contrastada.
- Concentrar mensaje e interlocutor.

6.2 Efectos inmediatos

En orden a gestionar la crisis debemos tener claro que habrá determinadas consecuencias inevitables, por lo que deberá adaptarse la estrategia y actuación a dichas realidades:

- La crisis tendrá repercusión rápida en medios tradicionales y digitales.
- No podremos controlar la difusión de la noticia.
- Si una noticia es falsa o inexacta, también se difundirá.
- Las amenazas de querellas no son efectivas. Centrémonos en el hoy.
- Los mensajes positivos no son noticia.
- Habrá una progresiva pérdida de atención de los medios de comunicación.

6.3 Comité de crisis

El comité de crisis previamente designado deberá reunirse y operar con carácter inmediato, bajo la premisa de que es recomendable partir del peor de los escenarios:

- Deberá convocarse inmediatamente a todos los actores.
- Llamar a las aseguradoras. Dar parte del siniestro y, en la medida de lo posible, que asuman y definan su posición sobre las coberturas.
- Asegurar un mensaje común. Control de la información.
- Articular una defensa común o, cuando menos, coordinada de los afectados.

6.4 Estrategia

Debe diseñarse una estrategia de gestión de la crisis y no debe actuarse con improvisación o a trompicones. A tal efecto es necesario diagnosticar el problema, contemplar el peor escenario, establecer unos objetivos y adecuar todas las acciones previstas a su consecución.

Dicha estrategia debe tener carácter global, teniendo en cuenta las implicaciones políticas, económicas, organizativas, mediáticas y jurídicas.

6.5 El portavoz

En la gestión de la crisis resulta tremendamente relevante la figura del portavoz, el cual debe contar con las siguientes características:

- Conocimiento de los medios.
- Experiencia.
- Empatía.
- Capacidad de comunicar.

El portavoz, quien, no lo olvidemos, es la cara visible de la organización en un proceso especialmente delicado, deberá actuar:

- Conforme a un argumento o relato previamente diseñado.
- Dirigiéndose al público y a los medios con respeto.
- Conformando un mensaje coherente, articulado y creíble.
- Diciendo la verdad por duro que pueda ser. La mentira tiene poco recorrido...

6.6 Acompañamiento personal

Uno de los aspectos que se suele ignorar en las crisis como las que nos ocupan es el factor personal. Nos encontramos ante situaciones en las que, a menudo, el principal afectado, que puede ser un magnífico líder en circunstancias de normalidad y domina una materia y unos escenarios concretos, se encuentra absolutamente perdido y, muchas veces, en estado de shock en un proceso de estas características, especialmente en aquellos casos en que no se tiene consciencia de haber actuado mal, por lo que se percibe la situación padecida como tremendamente injusta.

En estos casos el afectado se encuentra ante un entorno desconocido en el que no sabe cómo actuar y a menudo muy afectado psicológicamente, lo que tendrá repercusiones personales, familiares y profesionales. Es preciso, pues, que la persona se sienta acompañada, describirle la situación y sus posibles consecuencias, hacerle participar en su solución y trasladarle que el problema no se solventará de manera fácil ni rápida (normalmente será todo lo contrario), por lo que deberán articularse mecanismos para que el proceso provoque el menor desgaste posible a la persona.

6.7 Defensa jurídica

Otra de las cuestiones que suscita mayor controversia en la estrategia de defensa en estas situaciones es si todos los afectados deben tener una misma asistencia letrada, o si, por el contrario, es conveniente contar con defensas separadas.

A favor de la primera opción estaría el garantizar una defensa común que siga una misma estrategia, evitar la aparición de algún elemento inexperto o descontrolado o con afán de protagonismo, y evitar desconfianzas, especialmente de los eslabones inferiores de la organización que puedan sentir que son abandonados a su suerte.

Si no existen evidentes conflictos de intereses es, por tanto, la mejor opción, se construye un solo relato y en el caso de que en el futuro se susciten posibles conflictos o incompatibilidades siempre se pueden separar las defensas. En cualquier caso, si la defensa no es común, sí debería ser, en la medida de lo posible, coordinada.

La atribución de responsabilidades a un tercero abona el avance del proceso y rara vez exculpa a quien lo hace...

6.8 La reputación

William Shakespeare, en *Otelo*, puso en boca de Yago las siguientes palabras: **“La reputación es un prejuicio inútil y engañoso que se adquiere a menudo sin mérito y se pierde sin razón...”**.

Sin duda, la reputación, tanto de la corporación como de las personas físicas implicadas, puede verse afectada por situaciones como las examinadas. En este sentido es preciso tener claro lo siguiente:

- La reputación no se gana o se pierde en 24 horas. Sin duda puede verse afectada por una noticia que nos implica en una actuación delictiva, y nadie está a salvo de la maledicencia o la sospecha, pero la trayectoria previa de una persona física o institución, indudablemente, limita los efectos perniciosos de la difusión de la crisis.
- Es importante buscar el momento oportuno y el medio de transmitir nuestra verdad, que puede ir calando tanto en el seno del procedimiento como en nuestro entorno para contrarrestar la impresión inicial.
- La postverdad. También es importante construir una estrategia reparativa de la reputación dañada una vez superado el proceso pe-

nal en sentido absolutorio. Sin duda es complejo superar la mancha perpetua de Google, pero existen mecanismos para reivindicar la honestidad y el prestigio dañados.

7

Conclusiones

La sociedad ha reaccionado frente al fenómeno de la corrupción, demandando una mayor transparencia, un control más racional de los recursos públicos y una mayor efectividad en la prevención y el castigo de este tipo de conductas. Todo ello se ha traducido en una importante actividad legislativa, de un lado, y en la profusión de investigaciones policiales y judiciales respecto de irregularidades en el sector público.

Sin embargo, dichas medidas, plenamente justificadas en su origen, han degenerado, en múltiples ocasiones, en investigaciones desarrolladas bajo un prisma de desconfianza hacia el servidor público, que culminan en la criminalización de meras irregularidades administrativas.

Sin duda, las políticas de transparencia y las medidas de control interno y externo de las Administraciones públicas no constituyen un antídoto infalible contra la corrupción, y de constatarse su existencia deberá ser castigada con el máximo rigor, pero ello no justifica que se mantenga un clima de desconfianza generalizado hacia cargos electos, empleados públicos e instituciones, derivado de los casos de corrupción del pasado.

En cualquier caso, resulta sumamente aconsejable implementar los mecanismos preventivos de cumplimiento normativo y gestión de crisis, para defender los intereses de quienes ejercen sus cargos y prestan sus servicios con integridad y el prestigio de las instituciones públicas.

Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias*

JOSÉ M.^a FERNÁNDEZ SEJO
Magistrado

1. **Introducción**
2. **La libertad de la sociedad para establecer su modo de organización. Los estatutos como vía para regularlo**
3. **Requisitos para ser administrador de una sociedad mercantil**
 - 3.1. Requisitos subjetivos
 - 3.2. Prohibiciones
4. **Nombramiento y aceptación del administrador**
5. **La remuneración de los administradores**
6. **La duración del cargo de administrador**
 - 6.1. Caducidad
 - 6.2. Cese de los administradores
 - 6.3. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima
7. **Deberes de los administradores**
 - 7.1. Deber general de diligencia
 - 7.2. Protección de la discrecionalidad empresarial
 - 7.3. Deber de lealtad
 - 7.4. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés
 - 7.5. Régimen de imperatividad y dispensa
8. **Personas vinculadas a los administradores**
9. **Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad**
10. **La representación de la sociedad**
 - 10.1. Atribución del poder de representación
 - 10.2. Ámbito del poder de representación
 - 10.3. Notificaciones a la sociedad

Artículo recibido el 26/05/2020; aceptado el 25/06/2020.

*. Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local “Josep Maria Esquerda” 2020, en Barcelona, el 21 de febrero de 2020.

11. La responsabilidad de los administradores

- 11.1. Carácter solidario de la responsabilidad
- 11.2. Acción social de responsabilidad
- 11.3. Acción individual de responsabilidad
- 11.4. Prescripción de las acciones de responsabilidad
- 11.5. Sobre los supuestos de responsabilidad objetiva del artículo 367 de la LSC

12. El consejo de administración

- 12.1. Composición
- 12.2. Sistema de representación proporcional
- 12.3. Cooptación
- 12.4. Organización y funcionamiento del consejo de administración
- 12.5. Convocatoria del consejo de administración
- 12.6. Constitución del consejo de administración
- 12.7. Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima
- 12.8. Delegación de facultades del consejo de administración
- 12.9. Acta del consejo de administración
- 12.10. Impugnación de acuerdos del consejo de administración

Resumen

El objeto de este trabajo es analizar la naturaleza jurídica de la relación (el vínculo) entre la sociedad y sus órganos de administración; determinar si se trata de una relación de carácter contractual o estatutario, con las consecuencias jurídicas que la naturaleza de este vínculo pueda tener en los derechos y en las obligaciones que el administrador asume frente a la sociedad, frente a los socios y frente a quienes se relacionan con la sociedad a través de sus órganos de administración.

Palabras clave: *sociedades de capital; órganos de administración; administradores; consejo de administración; responsabilidad.*

Legal nature of the relationship of the administrator or the CEO in corporate functions

Abstract

This article analyzes the legal nature of the relationship (the link) between the company and its administrative bodies; determines whether it is a contractual or a statutory relationship, with the legal consequences that the nature of this link may have on the rights and obligations that the

administrator assumes vis-à-vis the company, vis-à-vis the partners and vis-à-vis those who interact with the company through its administrative bodies.

Keywords: capital companies; administrative bodies; administrators; board of directors; responsibility.

1

Introducción

La Ley de Sociedades de Capital (LSC) regula el régimen legal de los órganos de administración de la sociedad en el Título VI.

Los administradores sociales son quienes se ocupan de la gestión y la representación de la sociedad (artículo 209); son, por definirlos de una manera gráfica, la cara visible de la sociedad de capital.

En la mayor parte de las sociedades de capital la asunción de las funciones de administración suele recaer sobre el socio o los socios mayoritarios; ello es normalmente así porque los elige la junta de socios, por lo que normalmente quien ostente la mayoría podrá establecer quién es el administrador de la compañía, cuál es la duración del cargo y la posibilidad de ser retribuido.

La Ley habilita un amplísimo margen a la sociedad para regular el régimen de sus administradores sociales, siempre y cuando ese régimen se recoja con claridad en los estatutos sociales. A falta de norma específica en los estatutos sociales, el cargo de administrador se rige por las normas generales de la LSC.

En sociedades de capital en las que conviven socios que ostentan paquetes similares de participaciones es habitual buscar fórmulas de administración mancomunada y, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas, es habitual que todos los socios tengan la condición de administradores.

Siendo lo habitual que el cargo de administrador lo ostente el socio de referencia, nada impide que se designe para las funciones de administrador a una persona en principio ajena a la sociedad.

En las grandes corporaciones mercantiles, sobre todo en sociedades cotizadas, se acude a fórmulas mixtas en las que conviven consejeros dominicales y no dominicales.

También permite la Ley que una sociedad mercantil sea, a su vez, administrada por otra sociedad mercantil, aunque la LSC exige que la persona jurídica designe una persona física para llevar esa gestión, pasando a ser esa persona física responsable solidario en la misma posición en la que estuviera la sociedad administradora. Así, el artículo 212 bis de la LSC establece lo siguiente:

1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que esta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

2. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215.

La conexión entre el administrador y los socios responde a la vinculación que, en último término, tiene el administrador con la junta de socios, que es quien le designa, quien le puede cesar y quien puede fiscalizar sus funciones.

En las sociedades de capital de capital público esa conexión entre el socio único o mayoritario y la Administración es más compleja, ya que normalmente el cargo de administrador recaerá, en último término, en un funcionario público o en un representante político, por lo que la administración de este tipo de compañías terminará recayendo sobre técnicos que no defienden intereses particulares, sino intereses públicos.

La relación entre la sociedad y sus administradores no es una relación de naturaleza contractual, aunque nada impide que la sociedad pueda contratar como trabajador al administrador, siempre y cuando se deslinden las funciones propias de la administración de aquellas funciones que son específicamente laborales. De igual modo, la sociedad puede alcanzar con el administrador otro tipo de acuerdos de colaboración, contratos mercantiles complementarios que suelen ser el modo de articular fórmulas de retribución de tareas que puedan ir más allá de la administración de la compañía. En estas fórmulas de contratación debe tenerse en cuenta que pueden producirse escenarios de autocontratación y de conflicto de intereses, por cuanto el administrador firma como representante de la sociedad, por una parte, y también en interés propio. Por eso este tipo de contratos suele someterse a especiales mecanismos de fiscalización.

En todo caso, lo que debe destacarse de modo principal es que la naturaleza del vínculo entre la sociedad y su órgano de administración es de carácter estatutario, no necesita de ningún contrato que recoja derechos y obligaciones, basta con que la junta de socios decida en legal forma el nombramiento de administrador y que este acepte el cargo para que se desenvuelva el conjunto de obligaciones que debe cumplir el administrador.

Los socios de la compañía, a través de los estatutos sociales, pueden modalizar o perfilar este estatuto del administrador social fijando mayorías cualificadas para su nombramiento o cese, estableciendo plazos determinados para la duración de su cargo, regulando su remuneración como administrador social (que debe estar estatutariamente prevista, ya que, si no, la norma general es que el cargo de administrador no será retribuido), y pueden fijar par-

particularidades en el régimen de compatibilidades o en supuestos de conflictos de intereses. La existencia de previsiones específicas en los estatutos sociales no modifica la naturaleza jurídica del vínculo, que sigue siendo estatutario.

Debe tenerse en cuenta que, sobre todo en sociedades complejas, los órganos de administración han de convivir con otras personas que puedan desarrollar funciones que terminen invadiendo esferas de competencia del administrador social y, por lo tanto, debieran asumir también idénticas esferas de responsabilidad.

Esta convivencia con figuras afines es determinante para la identificación de los llamados administradores de hecho, también conocidos como administradores en la sombra, personas que, sin ostentar formalmente la condición de administradores de una compañía, sin embargo, asumen todas sus funciones. Aunque el problema se encuentra en probar la verdadera existencia del administrador de hecho.

Junto a esta primera figura, hay otros escenarios posibles en sociedades que disponen de apoderados generales, de gerentes, de directores generales o de personal de alta dirección que puede asumir parcialmente alguna de las competencias del administrador de la compañía.

En estos escenarios complejos es necesario deslindar las funciones organizativas y representativas de la sociedad, que normalmente asume el administrador, de aquellas funciones de gestión de negocio, que pueden no ser propias de la administración.

La responsabilidad de estas figuras afines difícilmente se podrá someter al régimen severo de la responsabilidad del administrador social.

Cuando hablamos de que el vínculo entre el administrador y la sociedad es un vínculo orgánico o estatutario, no contractual, lo que queremos decir es que habrá que acudir a los estatutos sociales o, en último término, a la LSC para determinar cuáles son los requisitos, derechos, obligaciones y responsabilidades del administrador social.

2

La libertad de la sociedad para establecer su modo de organización. Los estatutos como vía para regularlo

La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración.

En la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, estos actuarán de forma mancomunada, y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración.

En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil.

Para la determinación del número de administradores debe tenerse en cuenta que cuando los estatutos establezcan solamente el mínimo y el máximo, corresponde a la junta general la determinación del número de administradores, sin más límites que los establecidos por la ley.

3

Requisitos para ser administrador de una sociedad mercantil

3.1

Requisitos subjetivos

Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas.

En este segundo caso, será necesario que esta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215.

Salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requerirá la condición de socio.

3.2

Prohibiciones

No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso, y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase

de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

4

Nombramiento y aceptación del administrador

La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta de socios, sin más excepciones que las establecidas en la ley.

En defecto de disposición estatutaria, la junta general podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación.

El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil, haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación con los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente.

La presentación a la inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación.

El artículo 216 de la LSC prevé la designa de administradores suplentes salvo disposición contraria de los estatutos sociales, para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos.

El nombramiento y la aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular.

Si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra.

5

La remuneración de los administradores

El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario, determinando el sistema de remuneración.

El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o los conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador, y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación.

Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de estos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad, e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

En compañías con actividad empresarial, un sistema de remuneración habitual es el que se vincula a la participación en beneficios, que funciona como un incentivo de la buena gestión.

Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

En la sociedad anónima, la participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria, y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

Dentro de estos sistemas de remuneración por incentivos, el artículo 219 de la LSC regula la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad.

En la sociedad anónima, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, deberá preverse expresamente en los estatutos sociales, y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas.

El acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia, y el plazo de duración del plan.

El artículo 220 hace referencia a la prestación de otro tipo de servicios por los administradores:

“En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general”.

6

La duración del cargo de administrador

Los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso aquellos podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración.

Los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos.

Los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima.

6.1

Caducidad

El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general, o haya transcurrido el plazo para la cele-

bración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior.

6.2

Cese de los administradores

Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día.

En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada, que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

6.3

Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima

Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal.

Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.

7

Deberes de los administradores

7.1

Deber general de diligencia

- 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.*
- 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*

3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

7.2

Protección de la discrecionalidad empresarial

En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

7.3

Deber de lealtad

Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en los que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o las decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

7.4

Deber de evitar situaciones de conflicto de interés

En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

7.5

Régimen de imperatividad y dispensa

El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares, autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales.

En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador, o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad, o de que el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevean obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

8

Personas vinculadas a los administradores

A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.

b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.

c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.

d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

Respecto del administrador persona jurídica, se entenderá que son personas vinculadas las siguientes:

a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.

c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.

d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

9

Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad

El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.

10

La representación de la sociedad

10.1

Atribución del poder de representación

En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a este.

b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.

d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.

10.2

Ámbito del poder de representación

La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

10.3

Notificaciones a la sociedad

Cuando la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, las comunicaciones o notificaciones a la sociedad podrán dirigirse a cualquiera

de los administradores. En caso de consejo de administración, se dirigirán a su presidente.

11

La responsabilidad de los administradores

Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.

11.1

Carácter solidario de la responsabilidad

Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que

prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel.

11.2

Acción social de responsabilidad

La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

Legitimación de la minoría: El socio o los socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

En caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido, con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que aquella haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional.

Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social: Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

11.3

Acción individual de responsabilidad

Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.

11.4

Prescripción de las acciones de responsabilidad

La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.

11.5

Sobre los supuestos de responsabilidad objetiva del artículo 367 de la LSC

Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

12

El consejo de administración

12.1

Composición

El consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del consejo de administración o bien el máximo y el mínimo, correspondiendo en este caso a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes.

En la sociedad de responsabilidad limitada, en caso de consejo de administración, el número máximo de los componentes del consejo no podrá ser superior a doce.

12.2

Sistema de representación proporcional

En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo.

12.3

Cooptación

En la sociedad anónima, si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas a las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general.

12.4

Organización y funcionamiento del consejo de administración

En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría.

En la sociedad anónima, cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros.

El consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre.

12.5

Convocatoria del consejo de administración

El consejo de administración será convocado por su presidente o el que haga sus veces.

Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, este, sin causa justificada, no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes.

12.6

Constitución del consejo de administración

En la sociedad de responsabilidad limitada el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales.

En la sociedad anónima, el consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales.

12.7

Adopción de acuerdos por el consejo de administración en la sociedad anónima

En la sociedad anónima los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión.

En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión solo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento.

12.8

Delegación de facultades del consejo de administración

Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario, y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios con-

sejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado, y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos, requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo, y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre aquel y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Facultades indelegables: El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades:

a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.

b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.

c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230.

d) Su propia organización y funcionamiento.

e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.

f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.

g) El nombramiento y la destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.

h) El nombramiento y la destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.

i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.

j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.

k) La política relativa a las acciones o participaciones propias.

l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

12.9

Acta del consejo de administración

Las discusiones y los acuerdos del consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el presidente y el secretario.

12.10

Impugnación de acuerdos del consejo de administración

Los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un uno por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción.

Las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración.

Condiciones de admisibilidad del recurso de apelación en el orden contencioso-administrativo: las resoluciones recurribles

FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS
*Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

- 1. Introducción: la doble instancia en el orden contencioso-administrativo**
- 2. Las condiciones de admisibilidad del recurso de apelación: resoluciones recurribles**
 - 2.1. Recurso de apelación contra sentencias
 - 2.1.1. Acumulación y no comunicabilidad de cuantías a efectos de apelación
 - 2.1.2. Asuntos de cuantía indeterminada
 - 2.2. Recurso de apelación contra autos
 - 2.2.1. La problemática sobre la apelación de los autos dictados en procesos de única instancia: los autos de inadmisibilidad
 - 2.2.2. Las especialidades de los autos dictados en ejecución de sentencia
 - 2.3. La admisibilidad de la apelación adhesiva
- 3. Comentario conclusivo: la necesaria reforma del sistema de recursos en lo contencioso-administrativo**

Resumen

La ponencia analiza la problemática que se plantea sobre las condiciones de admisión en el recurso de apelación en el orden contencioso-administrativo, respecto de las resoluciones recurribles, aspecto que presenta un gran interés en cuanto que el análisis de los criterios aplicables es el que permite determinar si una resolución tiene acceso a la segunda instancia, el cual se incrementa en el momento actual, por cuanto que se trata

Artículo recibido el 08/06/2020; aceptado el 26/06/2020.

de una materia donde el Tribunal Supremo ha venido estableciendo criterios de unificación en el ámbito del recurso de casación de la Ley Orgánica 7/2015. En el trabajo se analizan aspectos controvertidos tales como la acumulación y no comunicabilidad de cuantías a efectos de apelación, la delimitación de los asuntos de cuantía indeterminada, la problemática sobre la apelación de los autos de inadmisibilidad dictados en procesos de única instancia, y la admisibilidad de la adhesión al recurso de apelación, entre otros. Todos estos aspectos son tratados en profundidad, dando una visión completa del estado actual de la cuestión en la práctica procesal.

Palabras clave: *recurso de apelación; proceso contencioso-administrativo; doble instancia; cuantía del proceso; adhesión a la apelación.*

Conditions of admissibility of the appeal process in the contentious-administrative jurisdiction: appealable resolutions

Abstract

The article analyzes the problematic issue of the appealable resolutions regarding the conditions of admission of the appeal process in the contentious-administrative jurisdiction. This issue is of great interest because determines if a resolution has access to the second instance. The issue is even more interesting now due to the Spanish Supreme Court has been establishing unification criteria in the scope of the cassation appeal under the Organic Law 7/2015. The article analyzes controversial aspects such as the accumulation and non-communicability of amounts for appeal purposes, the delimitation of matters of undetermined amount, the problem of the appeal of inadmissibility orders issued in single instance processes, and the admissibility of the adherence to the appeal, among others. All these aspects are treated in depth, giving a complete overview of the current state of the matter from the standpoint of procedural law.

Keywords: appeal process; contentious-administrative process; double instance; amount of the process; adherence to the appeal.

1

Introducción: la doble instancia en el orden contencioso-administrativo

La delimitación de las condiciones de admisión en el recurso de apelación en el orden contencioso-administrativo respecto de las resoluciones recurribles presenta un gran interés, en cuanto que el análisis de los criterios aplicables es el que permite determinar si una resolución tiene acceso a la segunda instancia. Se trata de una materia donde se están manejando criterios de distinto signo, en ocasiones contradictorios, los cuales se han empezado a unificar con las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la interpretación de los arts. 80 y 81 de la LJCA.

En cuanto al recurso de apelación contencioso-administrativo, la LJCA de 1998 introdujo un sistema de doble instancia, no universal, para la impugnación de las resoluciones dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo¹. Para ello se reguló un recurso de apelación “ordinario”, análogo al recurso de apelación civil, en el cual el Tribunal “ad quem” tiene plenas facultades revisoras de lo actuado ante el órgano de instancia.

La opción inicial del legislador fue la de configurar la apelación como recurso ordinario, a la vez que estableció una zona de irrecorribilidad amplia de las resoluciones dictadas por los juzgados, con un límite cuantitativo de 18 000 euros, con el contrapeso de la universalización del recurso contra las sentencias de inadmisibilidad o cierre anticipado del proceso. Previamente, el Tribunal Constitucional ya había declarado la libertad del legislador en orden a la configuración del sistema de recursos y, más concretamente, que no era transferible el principio de doble instancia penal al ámbito del proceso administrativo en general, incluyendo las resoluciones de derecho administrativo sancionador².

1. En la denominación utilizada de “juzgados de lo contencioso-administrativo” deben entenderse incluidos asimismo los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo.

2. La STC 89/1995, de 6 de junio, expresaba que no podía predicarse la vigencia de un derecho a la doble instancia o de acceso a un medio de impugnación de una naturaleza determinada al procedimiento sancionador. La doble instancia, por imperativo de lo dispuesto en los arts. 2 del Protocolo Séptimo al C.E.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.P. en relación con el art. 10.2 de la C.E., constituye una excepción singular del proceso penal en que hay que reconocer la existencia del derecho fundamental que al condenado por delito asiste a obtener la revisión de su condena por un tribunal superior, pero que no era extensible a la esfera del proceso contencioso-administrativo, y ello porque, a diferencia del procedimiento administrativo “sancionador”, no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo cons-

Como en otras muchas facetas procesales, lo que el legislador de 1998 diseñó inicialmente como sistema general de doble instancia se ha alterado significativamente por la evolución de la legislación orgánica y procesal, de forma que se han venido introduciendo restricciones a la admisibilidad de la apelación contra las resoluciones de órganos unipersonales que se han desarrollado, en línea evolutiva, en las sucesivas reformas legislativas.

Así, sobre la inicial regulación procesal, una primera reforma de escaso calado fue la operada por la Ley Orgánica 3/2009, que introduce el requisito del depósito para recurrir en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ. Se trata de una reforma de débil incidencia en la regulación del recurso de apelación y casación contencioso-administrativo, puesto que el depósito exigible es de una cuantía muy reducida (v. gr: 50 euros), a la vez que el mismo es reintegrable en el caso de estimación total o parcial del recurso, de manera que estamos ante un depósito que no puede producir un efecto disuasorio intenso en los justiciables³.

Tras esta primera reforma de escasa importancia, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, restringió significativamente el ámbito objetivo del recurso de apelación, al elevar la cuantía del recurso de apelación ordinario contra sentencias a los asuntos que excedan de 30 000 euros, en lugar de los 18 000 euros en que estaba fijada desde la redacción inicial de la LJCA de 1998. Dicha reforma obedecía a un objetivo de agilización procesal, que en este caso se justificaba por la minoración de la carga de trabajo de los órganos superiores, al reducir el ámbito de las resoluciones apelables. Ello implica que, tras la reforma de la Ley 37/2011, la mayoría de los asuntos tramitados por el procedimiento abreviado solo reciben una respuesta judicial, sin posibilidad de revisión por un tribunal superior⁴.

tituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que ha de ser respetuoso con las principales garantías del art. 24 de la C.E.

3. A diferencia de lo que sucedería posteriormente con las tasas para el ejercicio de la potestad jurisdiccional reinstauradas por la Ley 10/2012, de elevada cuantía y no reintegrables, que estuvieron vigentes, con algunas modificaciones, hasta su declaración de inconstitucionalidad por la STC 140/2016, de 21 de julio (BOE de 15 de agosto).

4. Joaquín HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, “La elevación del umbral para acceder a los recursos en el orden contencioso-administrativo como medida de agilización procesal. El caso particular del recurso de casación”, *Actualidad Administrativa*, número 21, diciembre 2011, tomo 2, pág. 2642, quien comenta acertadamente la reforma en los siguientes términos: “en lo que se refiere al recurso de apelación, la elevación de 18 000 a 30 000 euros de la cuantía mínima para acceder al recurso incrementará el número de procesos ante los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los centrales de lo contencioso-administrativo que se resolverán en única instancia. Correlativamente se reducirán los casos en los que los litigantes tendrán derecho a una segunda instancia, resultado que, mire como se mire, no deja de ser una disminución de garantías que, aunque respetuosa con el artículo 24 de la Constitución (este precepto constitucional no exige una segunda instancia procesal, salvo en el orden penal);

La Ley de Tasas 10/2012, declarada inconstitucional en cuanto a la tasa del recurso de apelación, abundó en esta línea restrictiva⁵, en la cual se ubican asimismo las medidas de propuesta de reforma procesal, denominadas post-COVID, donde se propone ampliar el ámbito de irrecurribilidad de las resoluciones de los órganos unipersonales del art. 81.1 LJCA hasta los 60 000 euros⁶.

En este comentario, examinaremos la admisibilidad del recurso de apelación y las cuestiones problemáticas que se plantean, las cuales derivan no solo del progresivo adelgazamiento de su ámbito, sino también del manejo de criterios restrictivos en orden a la admisión del recurso en sede aplicativa, algunos de los cuales se están viendo corregidos en la más reciente jurisprudencia.

2

Las condiciones de admisibilidad del recurso de apelación: resoluciones recurribles

El examen de las condiciones de admisibilidad del recurso de apelación se centrará en las cuestiones que suscitan mayor controversia, que son las referidas a la delimitación de las resoluciones recurribles. Como es sabido, las resoluciones recurribles están determinadas genéricamente en los artículos 80 y 81 de la LJCA, en virtud de los cuales son apelables determinados autos y sentencias dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo.

A continuación, se examinará en primer lugar el recurso de apelación contra las sentencias, para posteriormente analizar los autos susceptibles de apelación y, finalmente, abordar la cuestión relativa a la admisibilidad de la

desde la perspectiva del justiciable no deja de ser preocupante, ya que debe jugárselo todo a una carta, sin una segunda oportunidad...”

5. Fue una reforma de gran incidencia restrictiva para la apelación, y más concretamente para la efectividad del recurso de apelación contra sentencias que podían interponerse por los administrados, pues la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, fijó, para el recurso de apelación, una cuantía fija de 800 euros, a la que debía añadirse una variable de un 0.5 % sobre la cuantía del proceso hasta un millón de euros, y de un 0.25 %, el resto (*cf.*: artículo 7 Ley 10/2012). El RDL 1/2015 suprimió las tasas para las personas físicas, y la STC 140/2016, de 21 de julio, declaró la inconstitucionalidad de las tasas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

6. Lo cierto es que estas medidas restrictivas del acceso a la segunda instancia, justificadas en razones de agilización procesal, generan una grave inseguridad jurídica en una jurisdicción donde ya están muy limitados los medios de impugnación ordinarios, especialmente si comparamos con otras jurisdicciones como la civil, donde el límite está en 3000 euros, o la social, en 1800 euros.

apelación adhesiva o impugnación de la sentencia en el orden contencioso-administrativo.

2.1

Recurso de apelación contra sentencias

El art. 81 de la LJCA establece las sentencias de los órganos unipersonales que pueden ser recurridas en apelación, recogiendo unas excepciones en el apartado 2, esto es, las sentencias dictadas en asuntos cuya cuantía no exceda de 30 000 euros y las dictadas en asuntos relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8.5 LJCA, las cuales se exceptúan, a su vez, en los casos establecidos en el apartado 2 de sentencias siempre apelables⁷.

Sin duda, la mayor problemática que se presenta se refiere a los asuntos que no exceden de 30 000 euros, que son los que marcan la zona de irrecorribilidad. Aquí viene interpretándose de forma uniforme que los asuntos de cuantía indeterminada tienen acceso al recurso de apelación, y ello en cuanto que solo están excluidos los asuntos de cuantía determinada que no exceda de 30 000 euros.

En este ámbito es donde se focalizan los conflictos sobre la delimitación de las resoluciones recurribles, que básicamente se concretan en el manejo de criterios singulares de determinación de la cuantía del asunto a los efectos de apelación, que no están condicionados por los utilizados para fijar la cuantía del proceso⁸. En este punto, aunque las reglas de determinación de la cuantía son las recogidas en los arts. 40 a 42 de la LJCA, la utilización de criterios tales como el de *summa gravaminis* o el de no comunicabilidad de cuantías a efectos de apelación en caso de acumulación de pretensiones, implica importantes correcciones en la determinación de la cuantía a efectos de apelación respecto de la cuantía fijada en el proceso de instancia.

7. Como es sabido, de acuerdo con el apartado 2 del art. 81 de la LJCA, son siempre apelables las siguientes sentencias: a) cuando se declare la inadmisibilidad del recurso en asuntos que no excedan de 30 000 euros; b) cuando se dicten en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona; c) cuando resuelvan litigios entre Administraciones públicas; y d) cuando resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales (art. 81.2 LJCA).

8. Es reiteradísima y uniforme la jurisprudencia que expresa que la cuantía del pleito fijada en la instancia no vincula al tribunal de apelación (*vid.*, por todas, STS de 28 de mayo de 2019, recurso número 262/2016), a la vez que establece la regla de alterabilidad de la cuantía a efectos de recurso devolutivo en función del interés económico o valor del gravamen de cada parte.

En el diseño legal de la doble instancia, la determinación de la cuantía del proceso a efectos de apelación se erige en presupuesto esencial de la recurribilidad de la sentencia, lo cual plantea una problemática singular por cuanto que se trata de una cuestión de orden público procesal, revisable de oficio por el tribunal de apelación en cuanto que requisito de admisibilidad del recurso, sin hallarse vinculado por la cuantía fijada por el órgano de instancia, pudiendo declararse la inadmisión del recurso incluso en la sentencia.

El manejo de este concepto dinámico de cuantía, alterable según la fase procesal, tiene un primer punto de referencia en el concepto de *summa gravaminis*, en virtud del cual la admisibilidad del recurso queda condicionada a lo que se discute por cada parte en la apelación, de tal manera que el valor del gravamen es la cuantía económica no reconocida, o reconocida, en la sentencia, según quien interponga el recurso de apelación, y, en el caso de que el recurso de apelación no alcance en su totalidad el ámbito económico reconocido por la sentencia recurrida, sino solamente una parte del mismo, se considera que la *summa gravaminis* se reduce a la cuantía que realmente se ventila en el recurso, con independencia de la que tenga el asunto principal⁹. Un ejemplo claro de la disociación entre cuantía de la instancia y cuantía de la apelación es el de la interposición del recurso contra las costas procesales, que no es admitido si estas no alcanzan la suma de 30 000 euros, con independencia de la cuantía del proceso¹⁰.

La limitada extensión del estudio hace necesario seleccionar los aspectos de mayor conflictividad en la práctica, de manera que el análisis se concretará en los dos puntos principales de controversia, que son los de acumulación y los de determinación de los asuntos de cuantía indeterminada, que se analizarán de forma separada.

2.1.1

Acumulación y no comunicabilidad de cuantías a efectos de apelación

Una parte considerable de las resoluciones de inadmisión del recurso de apelación se fundan en la aplicación de la regla del art. 41.3 de la LJCA, que

9. Esta jurisprudencia es uniforme para el recurso de casación, pudiendo citarse, por todas, las SSTs de 29 de junio de 2009 (recurso de casación 1911/2008), 26 de julio de 2011 (recurso 3032/2010) y 10 de febrero de 2016 (recurso 1952/2014), criterio que se ha trasladado al recurso de apelación de forma también uniforme.

10. Entre otras muchas, STSJ Navarra, Sección 1, 18 de diciembre de 2019 (recurso 331/2019); STSJ Cataluña, Sección 5, 29 de noviembre de 2019 (recurso 371/2018), y STSJ Madrid, Sección 10, 21 de noviembre de 2019 (recurso 660/2019).

establece que, en los casos de acumulación o de ampliación, la cuantía viene determinada por la suma del valor económico de las pretensiones, pero no se comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación.

En el caso de acumulación de cuantías procedentes de diferentes títulos, se viene interpretando de forma uniforme que, a efectos de la admisibilidad de la apelación, ha de estarse a cada cuantía individualizada y no a la suma de todas ellas. Así, respecto de los actos de liquidación de cotizaciones a los distintos regímenes de la Seguridad Social, donde el devengo de la cotización se produce con periodicidad mensual, y no por periodos de tiempo distintos¹¹. En cuanto a liquidaciones tributarias, también ha de estarse a la cuantía de cada una, sin que la acumulación objetiva o subjetiva de acciones o impugnaciones de distintas liquidaciones comunique a las pretensiones de cuantía inferior la posibilidad de apelación, y ya se produzca dicha acumulación al girarse las liquidaciones, al impugnarse estas en vía administrativa o económico-administrativa, al solicitarse la devolución de ingresos indebidos o, por ende, al interponerse el correspondiente proceso jurisdiccional¹². El mismo criterio se aplica en los casos de reclamación de intereses de varias facturas o certificaciones en los contratos públicos, entendiendo que la cuantía indemnizatoria de los intereses reclamados lo es por cada factura y no por la suma de todos ellos¹³.

Este mismo criterio se ha extendido más recientemente a actos donde no se produce una acumulación en sentido estricto, pero que traen causa de una pluralidad de actos, como es el supuesto de resoluciones de derivación de responsabilidad en materia de deudas tributarias o de Seguridad Social¹⁴.

Esta interpretación, con ajustarse al tenor del art. 41.3 de la LJCA, puede producir inseguridad jurídica desde el momento en que se rompe el concepto unitario de “resolución apelable”, para trocear su objeto en pretensiones apelables y no apelables, deviniendo estas últimas firmes si no alcanzan la cuantía mínima. Esta problemática es más intensa en materia sancionadora, en casos de un único acto administrativo que impone diferentes sanciones,

11. *Vid.*, por todos, ATS de 11 de marzo de 2010 (recurso número 5683/2009).

12. Entre otras muchas, STSJ Cataluña, Sección 1.ª, 4 de marzo de 2020 (recurso número 73/2019); STSJ Madrid, Sección 9.ª, 27 de noviembre de 2019 (recurso número 1020/2018), y STSJ Navarra, Sección 1.ª, 11 de febrero de 2020 (recurso número 436/2019).

13. STS 17 de julio de 2018 (recurso número 3908/2015); SSTSJ Aragón núm. 735/2011, de 15 de diciembre, y núm. 212/2012, de 26 de abril; STSJ Andalucía 9 de mayo de 2019 (recurso número 648/2015); y STSJ Extremadura 21 de mayo de 2019 (recurso número 61/2019), entre otras muchas.

14. STS de 12 de diciembre de 2019 (recurso número 3005/2017, reiterada en SSTS 18 de diciembre de 2019 (recurso número 1098/2017), 14 de enero de 2020 (recurso número 5164/2017) y 25 de mayo de 2020 (recurso número 3120/2018).

cuando unas superan los 30 000 euros y otras no exceden de dicha cuantía. En este supuesto de imposición de varias sanciones, incluso en un solo acto y de acuerdo con el criterio expresado, se debe estar a la cuantía individualizada de cada una de las sanciones, y no la suma de todas, lo que determina la inadmisión parcial del recurso de apelación en cuanto a las sanciones que no alcanzan los 30 000 euros por mor del principio de no comunicabilidad¹⁵.

Sin embargo, en muchas ocasiones, la imposición de diferentes sanciones se realiza en una única resolución, dictada tras seguirse un único procedimiento sancionador, del cual se derivan varias infracciones. Ello determina que pueda darse un sustrato impugnatorio común de todas las sanciones, singularmente en lo referido a los motivos formales, aunque existan varias pretensiones anulatorias relativas al mismo acto. Puede pensarse, por ejemplo, en la alegación de caducidad del expediente sancionador o en la de falta de audiencia, la cual, de estimarse, afectaría a todas las sanciones impuestas en la misma resolución. En este tipo de supuestos, cabe preguntarse si es lógico que unas sanciones se puedan anular por caducidad o por indefensión en vía de apelación, y otras impuestas en el mismo expediente se confirmen por no comunicarse la cuantía a la apelación, pese a que se trata del mismo procedimiento y del mismo acto.

Este planteamiento cabe realizarlo asimismo cuando existe una lesión fuente en la propia sentencia recurrida, mayormente si es de relevancia constitucional. Pensemos en una sentencia con vicios de incongruencia, donde no se han resuelto todos los motivos de impugnación planteados y alguno de ellos resulta estimado en la apelación, o en una sentencia dictada en un proceso donde se ha lesionado el derecho a la prueba del art. 24.2 CE. Parece poco razonable que algunas sanciones queden firmes pese a que se haya producido una lesión del derecho fundamental con base en la sentencia de instancia que confirma la sanción.

Ello ha determinado que, en aras de la tutela judicial efectiva, en algunas resoluciones se prescinda del principio de no comunicabilidad de cuantías en supuestos de identidad de pretensiones, cuando el recurso es admisible en relación con alguno de los actos impugnados, tomando en consideración la existencia de razones de seguridad jurídica, para que todos los actos impugnados ante un mismo órgano judicial sean resueltos con un mismo criterio jurídico, pues lo contrario podría dar lugar a resultados absurdos e incoherentes y dejar fuera del control judicial la legalidad de la actuación administrativa¹⁶.

15. Vid. SSTs 5 de mayo de 2004 (recurso 173/2003), 7 de diciembre de 2004 (recurso 239/2003 –RJ 2005, 29–), y 18 de julio de 2011 (recurso 4320/2008), entre otras muchas.

16. Vid. en este sentido STSJ Andalucía de 26 de noviembre de 2019 (recurso 3984/2019).

Parece que la solución más razonable en estos supuestos debería partir de una reconsideración sobre los supuestos en que puede producirse la ruptura del concepto unitario de “sentencia apelable”. Aquí parece que hay un sustrato de motivos que deberían enjuiciarse inescindiblemente en el recurso de apelación contra la sentencia recurrida, por ser comunes a la actividad impugnada, singularmente los referidos a la lesión de derechos fundamentales. En este punto, además de los motivos expresados, hay razones de economía procesal que avalarían tal postura interpretativa, puesto que, en esta hipótesis de lesión de derechos fundamentales apreciada en la sentencia de apelación, resulta absurdo obligar al apelante a iniciar un incidente excepcional de nulidad de actuaciones *ex art.* 241 de la LOPJ ante el órgano “a quo”, para anular la otra parte de la sentencia impugnada, con el fin de depurar las lesiones de derechos fundamentales de una resolución que ha sido objeto de un recurso devolutivo ordinario, donde el tribunal “ad quem” puede conocer todos los motivos de impugnación planteados y, en esta hipótesis de infracción de derechos fundamentales, ha declarado su nulidad por motivos que alcanzan a toda la resolución. Estas mismas razones de economía procesal se extienden a los casos en que en la sentencia de apelación se aprecia un vicio sustancial en el procedimiento o la resolución administrativa impugnada, que es común a todos los actos impugnados, donde la inadmisión parcial del recurso de apelación por la regla de la no comunicabilidad obliga a acudir a la vía del incidente excepcional de nulidad o, incluso, a la revisión de oficio, la cual no resulta totalmente cerrada cuando se trata de lesión de derechos fundamentales¹⁷.

En conclusión, una interpretación sistemática e integradora de los diferentes preceptos aplicables, dirigida a la efectividad de los derechos fundamentales, podría llevarnos a exceptuar el principio de no comunicabilidad en casos de acumulación de pretensiones con un sustrato impugnatorio común, singularmente cuando tiene relevancia lesiva de derechos fundamentales.

2.1.2

Asuntos de cuantía indeterminada

Un segundo punto que produce una intensa problemática para delimitar las resoluciones recurribles es el de determinar los asuntos que deben considerarse de cuantía indeterminada, los cuales tienen acceso al recurso de apelación al no estar exceptuados del mismo en el art. 81.1 de la LJCA.

17. *Vid.*, por todas, STS 18 de enero de 2017 (recurso número 1469/2015).

En el proceso contencioso, los asuntos de cuantía indeterminada tienen una regla específica en el art. 42.2 de la LJCA, resultando de especial interés el análisis de los dos supuestos de mayor conflictividad como son: a) la acumulación de pretensiones no evaluables económicamente a pretensiones de cuantía determinada; y b) los recursos referidos a los funcionarios públicos.

a) Acumulación de pretensiones no evaluables económicamente.

Debe subrayarse en primer lugar que el tratamiento procesal en este caso es distinto que en el art. 41.3 de la LJCA, por cuanto que no rige el principio de no comunicabilidad de la pretensión de cuantía inferior.

Respecto de la delimitación de las pretensiones no evaluables económicamente, existe una práctica homogénea de los diferentes tribunales en el sentido de aplicar de forma supletoria las normas de la LEC, lo cual produce el efecto de que se fije una cuantía determinada en supuestos que en principio podrían considerarse como dudosos.

Así, se puede citar el caso de las resoluciones de denegación de entrada de extranjeros, que, en apariencia, son pretensiones no evaluables económicamente. Sin embargo, si se aplican las normas de determinación de la cuantía correspondiente a las prestaciones de hacer del art. 251.11 de la LEC, la misma puede determinarse por referencia al coste del billete de avión y, en su caso, de la reserva de hotel e indemnización por eventual daño moral¹⁸. Otro supuesto donde viene aplicándose la regla del art. 251.11 de la LEC en cuanto a la prestación de hacer, esta vez de forma mayoritaria, es el caso de las órdenes de demolición, cuando no se debate la existencia o inexistencia de licencia, donde la cuantía se determina en función del coste de la demolición, de igual modo que cuando se impone como accesoria a una sanción, en cuyo caso se suma al importe de la sanción¹⁹.

Esta misma problemática se da en la determinación de la cuantía en las sanciones privativas de derechos. En el caso de sanciones consistentes en suspensión o privación de derechos, además de la multa económica, y al margen del caso de las sanciones disciplinarias a las que se hará referencia posteriormente, el criterio que se sigue es el de determinar la cuantía por el valor económico de la privación del derecho. Estas cuestiones se plantean generalmente en el caso de sanciones privativas de derechos en materia de tráfico, donde se estima que debe atenderse al montante económico en que

18. SSTSJ Madrid 11 octubre 2007 (Sentencia núm. 2327/2007), 5 noviembre 2009 (Sentencia núm. 2084/2009), 21 febrero 2017 (recurso 302/2016) y 10 octubre 2019 (recurso 492/2019), aplicando un criterio reiterado de dicho Tribunal, pero no seguido en otros tribunales.

19. Vid. STSJ Andalucía, Málaga, 31 marzo 2011 (Sentencia núm. 1309/2011), y STSJ Castilla y León, Burgos, 15 abril 2019 (recurso número 170/2018).

razonablemente puede cuantificarse la privación o restricción; así, en el caso de privación temporal de la autorización administrativa para conducir vehículos de motor, el valor económico sería el de los gastos previsibles que por todos los conceptos puede suponer la contratación de un servicio individual de transporte que ofrezca una utilidad equivalente a la conducción personal de un vehículo durante el tiempo de privación del permiso²⁰.

Estos mismos criterios se extienden a otro tipo de sanciones privativas de derechos, como privación de licencias o cierre de establecimiento, o a resoluciones de clausura de actividades, donde rige el criterio de valor económico de la pretensión, que se calcula generalmente por el coste de la inversión o de las instalaciones, sin consideración de los efectos posteriores o de futuro, tales como los relativos a las expectativas de negocio, clientela, fondo de comercio y prestigio profesional.

Esta sucinta exposición descriptiva permite identificar ciertos elementos de rigidez a la hora de determinar los procesos de cuantía indeterminada, y, en este sentido, la línea que se apunta en la más reciente jurisprudencia sobre las sanciones privativas de derechos de los funcionarios públicos, a la que se hará referencia posteriormente, donde se determinan como de cuantía indeterminada aquellos litigios en los que la sanción conlleva otros efectos previstos normativamente, no medibles en términos económicos y que forman parte de la sanción como gravamen añadido, permite pronosticar elementos de corrección a la hora de calificar los procesos de cuantía indeterminada, puesto que en todos estos supuestos de cierre de establecimiento, clausura de actividades o privación de licencias son identificables aspectos no medibles en términos económicos, que pueden tener encaje en la definición del art. 42.2 de la LJCA.

b) Recursos referidos a funcionarios públicos. Dentro de los asuntos de cuantía indeterminada, plantean una problemática específica los procesos que se refieren a los funcionarios públicos que no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica. En este ámbito, debe destacarse que la reforma del recurso de casación operada por la Ley Orgánica 7/2015 está permitiendo al Tribunal Supremo unificar criterios en determinadas materias procesales, singularmente en orden a la admisibilidad del recurso de apelación contra sentencias dictadas por órganos unipersonales *ex art. 81 LJCA*, y más concretamente en relación con los asuntos en materia de personal²¹.

20. AATS de 9 de julio de 2009 (recurso núm. 5398/08) y de 2 de febrero de 2012 (recurso núm. 5934/2010).

21. Esta unificación se está realizando por dos vías diferentes: (i) en primer lugar, en sede de admisibilidad del recurso de casación contra sentencias dictadas por órganos unipersonales, el Tribunal Supremo se está pronunciando respecto de supuestos en que la sentencia del

En este ámbito, el Tribunal Supremo ha fijado algunos criterios que flexibilizan la admisión del recurso de apelación en los procesos de empleo público, tanto con relación a derechos estatutarios como a sanciones. Así, en relación con la sanción de suspensión de funciones impuesta a un funcionario público, la STS de 28 de mayo de 2019²² concluye que dicho acto implica un aspecto cuantificable y otro aspecto no cuantificable que prevé la norma aplicada, lo que hace que el pleito sea considerado como de cuantía indeterminada.

En relación con derechos estatutarios, el ATS de 2 de octubre de 2018²³ entiende que una sentencia de un juzgado que resolvía la pretensión sobre el derecho a las vacaciones de los funcionarios interinos en tres cursos escolares es apelable, puesto que se trata de un proceso de cuantía indeterminada, en cuanto que la sentencia no se limita al reconocimiento de una mera pretensión económica, sino que, por el contrario, reconoce el derecho al mismo trato entre el personal docente de carrera y el interino, por lo que ha de entenderse que el fallo conllevaba no solo el reconocimiento del derecho al abono de los salarios correspondientes a los meses de vacaciones reclamados, sino, al mismo tiempo, del resto de derechos administrativos inherentes a la relación funcional prestada durante ese periodo.

Esta línea de interpretación da acceso a la apelación a numerosos procesos en materia de empleo público cuando inciden sobre los derechos estatu-

Juzgado podía haber sido apelada, con el consecuente efecto de inadmisión o denegación de la preparación del recurso de casación, al no tratarse de sentencia de “única instancia”; y (ii) en segundo lugar, por la vía de apreciar el interés casacional en determinar si la cuantía del litigio debe considerarse determinable o indeterminada, con el consecuente efecto de que el proceso se siga en “única instancia” si la cuantía es determinable, pero inferior a 30 000 euros, o en “doble instancia” cuando la cuantía es indeterminada.

22. Recurso 262/2016. Esta interpretación se reproduce asimismo en la STS de 6 de febrero de 2020 (recurso número 2909/2017) en relación con la imposición de una sanción de suspensión de funciones. En esta Sentencia, al estimarse el recurso de casación, se fija doctrina jurisprudencial; así, en el fundamento cuarto se razona: “(..) esta solución no conduce a dejar sin efecto la regla del artículo 81.1 a) de la Ley de la Jurisdicción en todos los casos de imposición de sanciones a los empleados públicos. Está claro que en nada afecta a aquellos supuestos en que sean meramente económicas. Solamente, se proyectará sobre los recursos de apelación contra sentencias en las que se enjuicien sanciones que, por su naturaleza y efectos, trasciendan a la mera dimensión pecuniaria. Mantener la interpretación seguida por la sentencia recurrida en casación supone, no solo ignorar las consecuencias efectivas de la sanción de suspensión de empleo y sueldo, sino, también, aceptar que sean apelables sentencias sobre sanciones de apercibimiento y negar que lo sean las que se pronuncien sobre otras de muy superior entidad, como las que se impusieron a la Sra. Elisa”. Y en el fundamento quinto se fija doctrina jurisprudencial: “la cuantía del recurso es indeterminada ya que, además de efectos susceptibles de valoración económica, la sanción de suspensión de empleo y sueldo implica consecuencias no reducibles a términos pecuniarios”.

23. Recurso núm. 84/2018, en este caso desestimando un recurso de queja contra la denegación de la preparación de la casación contra la sentencia del juzgado, que se confirma por ser recurrible la sentencia en apelación.

tarios de los empleados públicos. Asimismo, estos criterios unificadores del Tribunal Supremo, además de dotar de mayor garantía de seguridad jurídica y acierto a las resoluciones de los tribunales sobre la admisión del recurso de apelación, determinan una posición más flexible a la admisión de la apelación por la vía de la definición de los supuestos de cuantía indeterminada, no solo en el ámbito de las sanciones disciplinarias, sino también en el de las sanciones privativas de derechos, al ser trasladables los argumentos utilizados en determinadas materias donde está afectado el ejercicio de la libre actividad empresarial, comercial o profesional de la persona sancionada.

2.2

Recurso de apelación contra autos

Los autos que son susceptibles de recurso de apelación son los dictados por órganos unipersonales que se recogen en el artículo 80 de la LJCA²⁴. La problemática principal en cuanto al recurso de apelación contra autos se sitúa en dos puntos: a) si los autos recurribles se limitan a los dictados en procesos de doble instancia, esto es, solo es recurrible el auto si es recurrible la sentencia conforme al art. 81 de la LJCA; y b) las cuestiones específicas que presentan los autos dictados en ejecución de sentencia.

24. Según dispone el artículo 80 de la LJCA son apelables, en un solo efecto, los autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo en los procesos de que conozcan en primera instancia, en los casos siguientes:

- a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.
- b) Los recaídos en ejecución de sentencia.
- c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en los siguientes preceptos: d.1) artículo 8.6 LJCA (v. gr: entrada y registro en domicilios y restantes lugares que requieran el consentimiento del titular para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública; autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes o limitativas de derechos fundamentales; y entrada e inspección de lugares acordadas por la Comisión Nacional de la Competencia); y d.2) artículos 9.2 y 122 bis LJCA (v. gr: autorizaciones a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, y autorizaciones para la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos de propiedad intelectual).

Asimismo, son recurribles los autos dictados por los juzgados contencioso-administrativos y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo en incidentes acaecidos en ejecución de sentencias sobre materia tributaria y de personal al servicio de las Administraciones públicas, cuando se den las circunstancias señaladas en los arts. 110 y 111 de la LJCA, cuando también sea recurrible en apelación la sentencia cuya extensión se pretende (*cf.* artículo 80.2 LJCA, redactado por D.A. decimocuarta de la L.O. 19/2003).

2.2.1

La problemática sobre la apelación de los autos dictados en procesos de única instancia: los autos de inadmisibilidad

En relación con la apelabilidad de los autos, los tribunales vienen interpretando de forma mayoritaria que solo pueden recurrirse los autos dictados en los procesos de doble instancia, esto es, los dictados en procesos en los cuales las sentencias son susceptibles de apelación, con el argumento de que el artículo 80 de la LJCA prevé exclusivamente el carácter apelable de los autos en los procesos en que los juzgados conozcan “en primera instancia”, y no en los casos en que se trate de procesos de instancia única.

Así, el ATSJ Cataluña de 10 de noviembre de 2011²⁵ indica que los autos siguen el mismo régimen que las sentencias, puesto que el precepto claramente delimita la apelación a los autos dictados en asuntos de los que conozcan en “primera instancia” los juzgados unipersonales, y no a los de “única instancia”. Esta interpretación viene asimismo avalada por la STC 59/2003, de 24 de marzo, que expresa que tal exégesis no solo no contraviene de manera frontal ningún precepto de la LJCA de 1998, sino que, incluso, encuentra apoyo en la dicción literal del art. 80.1.c) de dicha Ley procesal, que prevé exclusivamente el carácter apelable de los autos declarativos de la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo, o que impidan su continuación, dictados por los juzgados unipersonales “en primera instancia”, y no la apelabilidad de todos ellos, incluidos los dictados en supuestos de “instancia única”. No obstante, el Tribunal Constitucional advierte que también pueden ser razonables otras posibles interpretaciones de la legalidad procesal contencioso-administrativa sobre la cuestión, no siendo función de la jurisdicción constitucional la de, entre dos interpretaciones razonables de una norma, elegir cuál de ellas le parece la más razonable²⁶.

En este punto, puede apuntarse una problemática singular precisamente en cuanto a la recurribilidad de los autos de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, dictados en procesos de única instancia, puesto que esta misma decisión, si revistiera la forma de sentencia, sería susceptible de recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 81.2.a) de la LJCA, aunque no alcanzaran la cuantía de 30 000 euros.

25. Recurso número 306/2011.

26. En este mismo sentido se pronuncia la STC 116/2012, de 4 de junio.

La cuestión es analizada en la STSJ Cataluña de 24 de julio de 2008²⁷, que parte del carácter recurrible de la inadmisibilidad declarada en sentencia, entendiendo que, si nos hallamos ante una misma causa de inadmisibilidad que cierra el proceso por auto, de forma anticipada por ser detectada con anterioridad a sentencia, no puede llevar a la irracionalidad de dar una solución distinta en uno u otro caso (estimar en un caso que procede admitir la apelación y en otro no). Parece que esta interpretación es más acorde con la finalidad del artículo 81.2.a) de la LJCA en el sentido de que el pronunciamiento de inadmisibilidad puede ser revisado en vía de apelación: la anticipación del pronunciamiento de inadmisión en alguno de los procesos de única instancia no parece que pueda situarse extramuros del ámbito del recurso de apelación, cuando el mismo pronunciamiento, en sede de sentencia, puede ser impugnado en vía de apelación, y ello en cuanto que los fundamentos de la viabilidad del medio impugnatorio son idénticos.

No es esta la interpretación mayoritaria que se está manejando respecto de esta cuestión²⁸, pero parece que es la más adecuada por varias razones. La primera es que las decisiones de inadmisión del recurso pueden afectar al contenido del artículo 24 de la CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y el sistema de recursos carece de un medio de impugnación devolutivo que permita depurar estas infracciones que pueden tener relevancia constitucional.

La segunda razón deriva de una interpretación sistemática del art. 80 con los arts. 51.5 y 59 de la LJCA, preceptos estos que establecen que el cierre anticipado del proceso por inadmisibilidad, apreciada de oficio o en sede de alegaciones previas, abre la vía de recurso, por lo que lo lógico es que, en el caso de los órganos unipersonales, deba entenderse admisible el recurso de apelación contra la decisión de cierre anticipado del proceso, tanto en los procesos de primera instancia como en los de única instancia.

Y, por último, hay una identidad de fundamento material en la impugnación de la inadmisibilidad por vía de recurso devolutivo, tanto si la misma se decide por sentencia como si se decide por auto.

Estas consideraciones no son extensibles a los demás autos recogidos en el art. 80 de la LJCA, donde la admisibilidad está condicionada a que se dicten en un proceso en primera instancia, salvo en el caso de que pueda mutarse la cuantía, como es el de los autos dictados en ejecución de sentencia.

27. Sentencia núm. 608/2008. También puede citarse en el mismo sentido el ATSJ, Cataluña, sección 4, de 20 de diciembre de 2007 (recurso de queja 3/2007).

28. Pueden citarse en el sentido de inadmitir los recursos de apelación contra autos de inadmisión dictados por los órganos unipersonales en procesos de única instancia: SSTSJ Cataluña de 14 de marzo (recurso número 114/2018) y 27 de diciembre de 2019 (recurso número 94/2019), y STSJ Madrid de 4 de octubre de 2017 (recurso número 658/2017), entre otras muchas.

2.2.2

Las especialidades de los autos dictados en ejecución de sentencia

El art. 80.1.b) de la LJCA establece que son recurribles los autos recaídos en ejecución de sentencia en los procesos de primera instancia, de tal manera que resultarían excluidos los dictados en procesos de única instancia. Sin embargo, en este tipo de autos se pueden dar controversias derivadas de la mutación de la cuantía, en los supuestos en que el auto resuelve cuestiones que no han sido decididas en la sentencia, directa o indirectamente, y las mismas superan los 30 000 euros, aunque la cuantía del proceso no superara dicho límite. Lo mismo puede plantearse en los autos de extensión de efectos de los arts. 110 y 111 de la LJCA, donde la cuantía puede variar en relación con la del proceso principal, aun cuando se deriva de idéntica situación jurídica. Por el contrario, puede suceder que procesos de doble instancia vean reducida su cuantía tras la sentencia definitiva en casos de estimación parcial del recurso por cuantía que no exceda de 30 000 euros.

En todos estos casos, se plantea si debe mantenerse el criterio de dar prevalencia a la cuantía del proceso declarativo o principal, o bien debe estarse a la cuantía que se dirime en la ejecución, cuando la misma resulta alterada en cualquiera de los supuestos apuntados u otros que pudieran darse.

Lo primero que debe indicarse es que parece que la solución debe ser unitaria en el sentido de que debe darse prevalencia a la cuantía del declarativo o a la de la ejecución, y no dar soluciones distintas en función del supuesto. La solución es la de estar a la cuantía del proceso de ejecución, dados los criterios jurisprudenciales sobre alterabilidad de la cuantía y sobre la equivalencia del interés de la apelación al valor del gravamen, además de que las reglas de cuantía de los arts. 40 a 42 de la LJCA están establecidas para la fase declarativa, y no siempre se comunican a la fase de ejecución, pudiendo resultar modificadas.

Por tanto, debe entenderse que la fase de ejecución de sentencia es un proceso en el que debe estarse a la *summa gravaminis* señalada en el art. 81.1.a) de la LJCA a efectos de admisión de la apelación, aun cuando no se haya incoado formalmente un procedimiento incidental contradictorio en fase de ejecución²⁹. En consecuencia, la pretensión que se sostiene en ejecución es la que determina si el auto es susceptible de recurso de apelación³⁰.

29. *Vid.* en este sentido STSJ Madrid 9 de diciembre de 2016 (recurso número 258/2016). En relación con la inadmisibilidad derivada de la reducción de la *summa gravaminis* del proceso declarativo tras estimación parcial del recurso: STSJ Canarias 10 de abril de 2018 (recurso número 361/2017).

30. Así lo indica la STS 29 de junio de 2009 (recurso número 1911/2008), debiendo estarse a la *summa gravaminis* de la pretensión sostenida en apelación que resulta de la diferencia entre la suma pretendida y la reconocida en el incidente de ejecución.

2.3

La admisibilidad de la apelación adhesiva

Una problemática que se plantea en el ámbito de la admisibilidad de la apelación se refiere a la denominada apelación adhesiva —o impugnación de la sentencia por la parte apelada en la terminología de la LEC—, cuando el apelante adhesivo sostiene una pretensión de cuantía determinada que no alcanza los 30 000 euros.

Ya se ha dicho que los criterios interpretativos sobre las condiciones de admisibilidad del recurso han determinado la quiebra de un concepto unitario de “sentencia apelable”, de tal manera que en un mismo asunto la sentencia puede ser apelable para una parte y no serlo para la otra, en función de si su interés económico particular alcanza los 30 000 euros. El propio Tribunal Supremo ha asumido con naturalidad esta posibilidad, al identificar el gravamen de cada parte con el concepto de “cuantía del asunto” que determina la excepción a la apelación de la sentencia³¹. Con ello, una sentencia puede ser apelable para el demandante y no para el demandado, y viceversa, aunque la cuantía del asunto sea la misma. La cuestión es determinar si deben trasladarse estos criterios a la hora de admitir la apelación adhesiva o, incluso, al condicionar su análisis al resultado de la apelación principal.

Para visualizar la controversia, puede seguirse el ejemplo que se maneja por el Tribunal Supremo en que el demandante ha pedido 100 y obtiene 20; si la apelación es a partir de 30, en la interpretación que se ha examinado el demandante puede recurrir y pedir los 80 restantes, pero no así la parte demandada, quien solo tiene un gravamen de 20. Las cuestiones son: 1) ¿puede la demandada adherirse a la apelación y pedir 0?; y 2) ¿estaría condicionada la adhesión a la apelación a que el tribunal *ad quem* estimara que al demandante le corresponden más de 20 o, de forma más precisa, más de 30? La cuestión no es pacífica y, de hecho, el ATS de 17 de febrero de 2020 (RC 7636/2019) ha admitido un recurso de casación para formar jurisprudencia, consistente

31. Esta posición se explica claramente en los AATS de 9 de julio de 2015 (RC 3985/2014) y 3 de noviembre de 2016 (RC 920/2008), cuando se liga el valor del gravamen para cada una de las partes a la admisibilidad del recurso: “ninguna duda cabe de que el valor económico de la pretensión puede variar como consecuencia de lo decidido en la sentencia. Si el actor pide 100 y la sentencia le concede 60, es claro que esos 60 ya los tiene conseguidos el demandante y ya no puede reclamar sobre ello en vía de recurso, puesto que nadie puede reclamar lo que ya le ha sido dado; esos 60 están ya fuera del pleito; (otra cosa es que la contraparte impugne a su vez los 60 en vía de recurso, pero eso entraría en la cuantía de su pretensión, no en la cuantía de la pretensión del demandante)”. Por eso, “en los casos de estimación parcial de recurso contencioso-administrativo, la cuantía a efectos casacionales puede ser distinta para cada una de las partes, ya que la sentencia recurrida puede perjudicar de forma distinta a cada una de ellas”.

en determinar si la fijación de la *summa gravaminis ex* artículo 81.1.a) de la Ley Jurisdiccional opera o no de forma independiente entre el apelante y el adherido a la apelación³².

Esbozada la controversia, pueden apuntarse algunas líneas de análisis para su resolución, sin perjuicio de que sobre esta cuestión se ha de fijar doctrina jurisprudencial, al haberse admitido el recurso de casación mencionado. Como primera cuestión, es fundamental delimitar el concepto de apelación adhesiva como equivalente al de impugnación de la sentencia, de tal manera que el apelante adhesivo no es quien refuerza al apelante principal, sino quien impugna los pronunciamientos de la sentencia que le son perjudiciales con ocasión de un recurso de apelación interpuesto por otra parte³³. Como segunda cuestión, derivada de la anterior, el instituto de la adhesión a la apelación –o impugnación de sentencia– cumple una función disuasoria de la prolongación del conflicto en segunda instancia en caso de sentencias parcialmente estimatorias, de manera que si una de las partes decide continuar el conflicto tiene el riesgo de que no entre en juego el principio de “*reformatio in peius*” por la apelación adhesiva formulada de contrario. Desde esta perspectiva, condicionar la admisibilidad de la apelación adhesiva a los requisitos de recurribilidad de la sentencia es contrario a la propia naturaleza y finalidad de la institución de evitar la apertura de la segunda instancia, pues el apelante en ningún caso podría verse desfavorecido en las pretensiones ya reconocidas en la primera instancia.

En esta misma línea, el art. 85.4 de la LJCA no condiciona la admisibilidad de la impugnación de la sentencia o apelación adhesiva al requisito de cuantía, puesto que, una vez que se ha admitido la apelación principal, la sentencia deviene apelable, y por ello mismo puede ser impugnada por la parte apelada sin que se exijan otros requisitos. En esta configuración legal, la apelación adhesiva es un recurso independiente, por lo que, una vez que se ha formalizado la adhesión, el recurso debe resolverse no obstante el desisti-

32. El caso seleccionado en el ATS de 17 de febrero de 2020 responde al ejemplo antes expuesto, pues la sentencia de instancia había condenado a las demandadas a 25 000 euros. Al recurrir el apelante principal, que reclamaba 167 911,73 euros, es cuando las demandadas pudieron acceder a la apelación mediante la adhesión, que fue estimada en la sentencia recurrida ahora en casación.

33. Así se viene interpretando de forma uniforme (*vid.* SSTJ Canarias 11 de diciembre de 2018 (recurso número 22/2018), Castilla y León 3 de octubre de 2019 (recurso número 288/2018), y Madrid 27 de febrero de 2020 (recurso número 822/2018). Como indica la STSJ Comunidad Valenciana de 30 de diciembre de 2019 (recurso número 10/2018): “el art. 85.4 de la Ley 29/1998 establece, como presupuesto de admisibilidad de la adhesión a la apelación, que sea formulada por el apelado a quien resulte perjudicial la sentencia”, citando la doctrina de la STC 11/2014, de 27 de enero, y concluyendo que en ningún caso puede formular apelación adhesiva la parte apelada que no resulte perjudicada por la sentencia.

miento del apelante principal³⁴, aunque el valor del gravamen del adherido no alcanzara la cuantía de 30 000 euros.

3

Comentario conclusivo: la necesaria reforma del sistema de recursos en lo contencioso-administrativo

El análisis de los condicionamientos del recurso de apelación, desde la perspectiva de las resoluciones que pueden ser objeto de recurso, pone de relieve la existencia de amplias zonas de firmeza de las sentencias dictadas por órganos unipersonales, que se ven ensanchadas por el manejo de criterios restrictivos a la hora de fijar los criterios de admisibilidad del recurso.

Estas zonas de irrecorribilidad crean, como principal conflicto, la posibilidad de contradicciones o criterios discrepantes en la interpretación de las normas, incluso con posibles respuestas opuestas ante asuntos idénticos o similares. Ello bien podría corregirse por diferentes vías que no necesariamente significan la generalización de la segunda instancia.

Así, una vía muy eficaz para evitar contradicciones es la de fijar criterios cualitativos, y no solo de cuantía, para el acceso a la segunda instancia o, cuando menos, al recurso devolutivo. En este aspecto pueden citarse, en el orden jurisdiccional social, los supuestos de admisión del recurso de suplicación en procesos que no alcanzan la cuantía de 1800 euros recogidos en los apartados b) y d) del art. 191 LJS, esto es, los denominados asuntos colectivos, que afectan a una generalidad de personas, o los que tengan por objeto depurar vicios esenciales del proceso. Otra solución podría ser la impugnación por vía de recurso extraordinario ante los TSJ –y en los mismos términos cabe referirlo a la Sala de la Audiencia Nacional–, sin perjuicio de que la resolución del mismo pudiera acceder a casación ante el Tribunal Supremo en el caso de aplicación del derecho estatal.

La falta de mecanismos extraordinarios intensifica los problemas del manejo de criterios restrictivos de admisión a la hora de determinar la cuantía, como elemento de acceso a la apelación, lo que puede crear mayores

34. El art. 450.1 de la LEC faculta al recurrente a desistir de forma unilateral, pero una vez se ha admitido la adhesión debe entenderse que no queda afectada la apelación adhesiva por el desistimiento. Esta misma solución debiera mantenerse incluso para las apelaciones adhesivas de cuantía determinada, no superior a 30 000 euros, pues el entendimiento de que el desistimiento del apelante principal determina la inadmisibilidad del recurso, por no alcanzar la “summa gravaminis”, facultaría unilateralmente al apelante a decidir si se resuelve o no el recurso en función de sus propias expectativas.

inseguridades de las que ya genera el sistema legal vigente, a la vista de esta inexistencia de mecanismos eficaces de tutela de los derechos procesales fundamentales, y de instrumentos correctores de las contradicciones que pueden producirse en la aplicación de normas por los órganos unipersonales, en situaciones idénticas o similares. En este punto, debe subrayarse que el modelo de casación de la reforma de 2015 no resulta adecuado a estos fines, pues apenas incide sobre las zonas de firmeza de las sentencias de única instancia dictadas por órganos unipersonales.

Del análisis realizado se infieren diferentes criterios genéricos de admisión que podrían favorecer la seguridad jurídica de aplicarse de forma más flexible. En primer lugar, debería darse un tratamiento unitario al concepto de “resolución apelable”, evitando las inadmisiones parciales del recurso por mor del principio de no comunicabilidad cuando se sostengan motivos de nulidad que afectan globalmente a la resolución administrativa, al proceso de instancia o a la sentencia recurrida, singularmente cuando se trata de una actividad administrativa única, y ello al margen de que se hayan acumulado pretensiones en la demanda.

En segundo lugar, y en esta misma línea de dar tratamiento unitario a las resoluciones apelables, habría de reconsiderarse la aplicación de la ecuación “cuantía de la apelación” igual a “summa gravaminis” del apelante, puesto que la cuantía del recurso no debiera diferenciarse en función de los intereses económicos de cada una de las partes. En ese mismo punto, la apelación adhesiva debiera admitirse en todo caso, al margen del interés económico de la pretensión perjudicial que se impugna, lo cual además es acorde con la finalidad de la institución, disuasoria de la interposición de la apelación en caso de estimaciones parciales ante la posibilidad de que el apelante vea reformada “in peius” su situación por esta vía de la impugnación de sentencia.

Y, en tercer lugar, debería admitirse el recurso de apelación de forma universal para las decisiones de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, ya sean adoptadas mediante auto, ya lo sean por sentencia³⁵.

En esta tendencia expansiva, sería conveniente reconducir los criterios de apreciación de los procesos de cuantía indeterminada, en la línea apuntada por la más reciente jurisprudencia, incluyendo en los mismos los supuestos en que la pretensión no tiene un contenido evaluable económicamente como equivalente a la afectación de derechos no cuantificables, como son los esta-

35. Aquí debe observarse que el art. 455 de la LEC da un tratamiento distinto a los autos definitivos, que siempre son apelables en cualquier clase de juicio, en relación con las sentencias, que no son apelables en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3000 euros.

tutarios de los funcionarios públicos. En este ámbito, pretensiones tales como la anulación del cierre temporal de un establecimiento o de la clausura de una actividad afectan a derechos no medibles en términos económicos, como el del libre ejercicio del trabajo o de la empresa, además de que pueden generar perjuicios que van más allá de la pérdida material de ingresos, como la pérdida de clientela o de prestigio empresarial.

En todo caso, el problema que plantea hoy el modelo de recursos de doble instancia ante los TSJ deriva de la estructura competencial de la jurisdicción, con una gran carga de procesos de instancia que son conocidos por los tribunales superiores en general y por los TSJ en particular, la inexistencia de una doble instancia generalizada, y la falta de escalón intermedio entre los juzgados unipersonales y los TSJ, con zonas de firmeza excesivamente amplias. Desde tales premisas, al margen de la controversia sobre la apelación universal, parece necesario articular algún tipo de recurso extraordinario que permita tutelar derechos procesales y unificar criterios o corregir divergencias aplicativas entre órganos unipersonales, con la finalidad de reforzar el valor de la seguridad jurídica.

En este punto, desde diferentes foros doctrinales se ha puesto de manifiesto que la necesidad del establecimiento de una casación ordinaria en los TSJ, para unificar la interpretación del derecho autonómico por los juzgados de lo contencioso-administrativo, resulta más que relativa, pues tales necesidades bien podrían ser cubiertas a través de un recurso de apelación configurado de manera muy distinta al vigente, de naturaleza más próxima al recurso extraordinario³⁶.

Una óptima reforma del sistema de recursos, incluso en aras de su agilización, no pasa tanto por empequeñecer la doble instancia por la vía del aumento de la cuantía de la apelación, sino por la instauración de mecanismos devolutivos de tutela de derechos procesales, por introducir criterios cualitativos para la admisión del recurso y por articular algún tipo de recurso extraordinario, una especie de apelación para unificar doctrina, que permita homogeneizar los criterios o corregir divergencias aplicativas entre órganos unipersonales, con la finalidad de reforzar el valor de la seguridad jurídica.

36. Deben destacarse en este punto las conclusiones que se contienen en el trabajo dirigido por BERLANGA RIBELLES, E.: “Los tribunales superiores de justicia como tribunales de casación en el orden contencioso-administrativo”, *Manuales de Formación Continuada*, CGPJ, núm. 31, 2004, compendiadas en la página 9 de la introducción, en que se apuntaban dos posibles opciones que aún hoy aparecen como las más óptimas: “La una comportaría una redefinición de la planta contencioso-administrativa, creando unos órganos provinciales que conocerían de la apelación y un TSJ limitado a la labor casacional sobre el derecho autonómico. La segunda solución, más simple y pragmática, mantendría el actual recurso de apelación y crearía un nuevo supuesto de apelación, con independencia del *quantum* y de la materia, cuando el supuesto tuviera un evidente interés trascendente. Equivaldría a llevar al recurso de apelación el concepto de interés casacional; podríamos entonces hablar de un ‘interés apelacional’, en bárbaro neologismo”.

QDL53

III.
JURISPRUDENCIA

La ejecución de sentencias de derribos de obras ilegales y los derechos de terceros adquirentes de bienes inmuebles de buena fe –art. 103 y ss. LJCA–

MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

*Magistrado-Presidente de la Sección 3.^a
de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

1. **Introducción**
2. **La perspectiva constitucional. La Tutela Judicial Efectiva en la vertiente de la debida ejecución de sentencias firmes**
3. **La perspectiva constitucional y procesal. La cosa juzgada material y la invariabilidad del contenido de las sentencias firmes**
4. **La ejecución de sentencias firmes de derribo, la responsabilidad patrimonial y las garantías de los daños y perjuicios en ejecución de sentencias firmes de derribo**
5. **Los pronunciamientos judiciales contencioso-administrativos del derribo**
6. **El ámbito de la debida ejecución del derribo y las pretensiones de la legalización futurible**
7. **Los incidentes de ejecución de Sentencia y la no pacífica ejecución de la Sentencia firme de derribo**
8. **Consideraciones previas al incidente del artículo 108.3 LJCA**
 - 8.1. El Código Penal
 - 8.2. La doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria
 - 8.3. Las iniciativas de las comunidades autónomas para terceros de buena fe

- 9. El reflejo de la doctrina del Tribunal Constitucional en el Tribunal Supremo**
- 10. La aplicación temporal del artículo 108.3 LJCA**
- 11. La doctrina general del Tribunal Supremo sobre el artículo 108.3 LJCA. Naturaleza cautelar. No es suspensión ni inejecución de sentencia**
- 12. Elementos subjetivos del artículo 108.3 LJCA**
- 13. Elementos objetivos: Indemnizaciones debidas**

1 Introducción

El presente trabajo trata de exponer los elementos fundamentales de la problemática que se centra en los derribos de obras ilegales en sede contencioso-administrativa, a la luz de los pronunciamientos jurisdiccionales al más alto nivel y más cercanos y novedosos que se han ido dando en los últimos tiempos.

Esa materia está plagada de un buen número de pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, salas 1.^a y 2.^a, y del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, que han ido tratando de despejar dudas de constitucionalidad y de interpretación legal para incidentes de ejecución de sentencia, y en especial para los dictados del artículo 108.3 LJCA.

No se ha tratado de efectuar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los incidentes de ejecución de sentencia que arrojan esa temática, sino más simplemente de resaltar los posicionamientos más novedosos que en esa temática se han ido dando.

En todo caso interesa advertir que lejos de un planteamiento generalista válido para todos los casos no debe pasarse por alto que se trata de una materia muy casuística que exige estar a las concretas características que concurren en el supuesto concreto que se contemple, y que van a ser decisivas y determinantes para atender debidamente al mismo. Efectivamente no es lo mismo operar ante derribos en edificios de gran número de plantas, en pluralidad de locales o viviendas pareadas, incidiendo en unos parámetros urbanísticos o en otros, o versando sobre derribos parciales o integrales, entre otros supuestos.

Solo indicar que la doctrina establecida, como se irá viendo, va descartando tesis cuya relevancia se rechaza.

2

La perspectiva constitucional. La Tutela Judicial Efectiva en la vertiente de la debida ejecución de sentencias firmes

Cuando nos hallamos ante pronunciamientos jurisdiccionales firmes, en este caso, contencioso-administrativos, en que se estima la demolición de bienes inmuebles, ninguna duda debe recaer en orden a que la perspectiva idónea debe ser la del derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución, en la vertiente de la debida ejecución de sentencias firmes.

A ese respecto es concluyente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que, en lo que ahora interesa, se muestra en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), del siguiente modo:

Pues bien, como punto de partida comenzaremos recordando algo que ya hemos destacado en repetidas ocasiones –sirvan de muestra las sentencias de 10 de marzo de 2008 (casación 6558/05) y 23 de junio de 2008 (casación 3975/06) y 9 de febrero de 2009 (casación 1622 / 2005)–, esto es, el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución, y artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Y son precisamente esas consideraciones las que llevan a la sentencia de 17 de noviembre de 2008 (casación 4285/05) a señalar que “... todos los argumentos y datos que se aduzcan para sustentar en ellos una posible declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia han de ser interpretados y valorados a la luz de aquellos postulados, lo que inevitablemente conduce a una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad” ... Trasladando al caso que ahora nos ocupa esos parámetros de enjuiciamiento, fácilmente se constata que los autos recurridos se ajustan plenamente a la jurisprudencia que acabamos de reseñar.

...

Para resolver esta cuestión, empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no solo alcanza a la fase declarativa sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el con-

tenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos. En efecto, como señala la Sentencia constitucional 58/1983, de 29 junio y, en la misma línea, la 109/1984, de 26 noviembre: “Sin entrar a examinar en estos momentos otros aspectos del complejo derecho que regula el artículo 24 de la Constitución y limitándonos a la repercusión que tal derecho tiene en el trámite de ejecución de sentencia, debemos señalar que el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la Sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las Sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad, naturalmente, dejando a salvo el caso de las Sentencias meramente declarativas”.

Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor.

La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa.

Igualmente en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de la siguiente manera:

La ejecución de las sentencias, como señala la exposición de motivos de la Ley procesal, por referencia a la jurisprudencia, entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha venido señalando (STC 119/1994) que “el derecho a la ejecución de las sentencias ‘en sus propios términos’ forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva (SSTC 148/1989, 152/1990). Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la Sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o a la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena... el obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se configura como un derecho de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 C.E. y que los propios tribunales no pueden apartarse sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse (entre otras, SSTC 32/1982, fundamento jurídico 2.º; 15/1986, fundamento jurídico 3.º; 118/1986, fundamento jurídico 4.º; 148/1989, fundamento jurídico 2.º; 16/1991, fundamento jurídico 1.º)... si bien debe tenerse en cuenta que, en todo caso, con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros (SSTC 125/1987, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º; 167/1987, fundamento jurídico 2.º; 215/1988, fundamento jurídico 3.º; 148/1989, fundamento jurídico 4.º)... El derecho a que la Sentencia se ejecute en sus propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. Cualquier alteración debe obedecer a causa prevista en la Ley, como lo es la imposibilidad legal o material de ejecución”.

Se desprende de ello, por lo que aquí interesa, que el procedimiento o fase de ejecución de la sentencia se proyecta sobre lo efectivamente juzgado, con la finalidad de llevar a cumplido efecto el derecho declarado en la sentencia con las garantías propias del proceso en su fase declarativa, a cuyo efecto el órgano jurisdiccional competente ha de adoptar las medidas o resoluciones que resulten necesarias para la efectividad del derecho declarado, que es lo que constituye el marco o ámbito propio del procedimiento de ejecución. En consecuencia, el contenido de las sentencias cuya ejecución se realiza debe extraerse de

los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, la forma y los términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan en la LRJCA un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por “lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo” (artículo 104.1 de la LRJCA).

También en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en los siguientes términos:

A) Por de pronto, nuestra Sentencia 1409/2017, de 21 de noviembre (RC 477/2016), vino a pronunciarse, ante todo, sobre la primera, y seguramente la más destacada, de las incertidumbres que rodean al precepto que nos ocupa (artículo 108.3 LJCA), a saber, si dicho precepto constituye o no un supuesto de inejecución de sentencia (artículo 105.2 LJCA). Recordamos lo más relevante de lo que afirmamos entonces sobre este particular:

SÉPTIMO: Planteados así los términos de la controversia, esta Sala va a proceder a resolver dentro de los estrictos términos en los que el debate en la instancia ha sido planteado, esto es, vamos a pronunciarnos acerca de si el nuevo artículo 108.3 supone o integra un supuesto de inejecución de sentencia como defiende la parte recurrente o, por el contrario, no puede alegarse su aplicación para solicitar la suspensión o inejecución de la sentencia como sostiene la resolución impugnada, sin que, por tanto, debamos ahora pronunciarnos sobre los numerosos y complejos problemas aplicativos derivados de esta nueva regulación legal, dado que exceden del pronunciamiento que aquí se nos exige y que, por otra parte, está pendiente de un ulterior pronunciamiento por esta Sala, en recursos admitidos bajo la vigencia de la nueva técnica casacional.

OCTAVO: Para resolver esta cuestión, empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no solo alcanza a la fase declarativa sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos. En efecto, como señala la Sentencia constitucional 58/1983, de 29 junio y, en la misma línea, la 109/1984, de

26 noviembre: “Sin entrar a examinar en estos momentos otros aspectos del complejo derecho que regula el artículo 24 de la Constitución y limitándonos a la repercusión que tal derecho tiene en el trámite de ejecución de sentencia, debemos señalar que el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la Sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las Sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad, naturalmente, dejando a salvo el caso de las Sentencias meramente declarativas”.

Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor.

La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa.

Y en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), al establecer lo siguiente:

Como quiera que lo que parece plantear la recurrente es un pronunciamiento acerca de la competencia en relación con los particulares relativos a la ejecución de las sentencias que en la pregunta se mencionan (identificación y emplazamiento de los terceros de buena fe con la finalidad de aplicar el artículo 108.3 de la LRJCA), debemos comenzar recordando que a diferencia del sistema tradicional, que se contenía en el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, conforme al cual “la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso”, la vigente LRJCA, dando un giro trascendental, proclama, en el artículo 103.1 que “la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional”.

La misma LRJCA aclara y determina, a continuación, en el inciso final del mismo artículo 103.1, cual es el órgano jurisdiccional competente dentro del expresado orden jurisdiccional contencioso administrativo para llevar a cabo dicha ejecución jurisdiccional; y así, dispone que el “ejercicio” concreto de la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales “compete al –órgano judicial– que haya conocido del asunto en primera o única instancia”.

Tal planteamiento constituye una clara consecuencia del mandato, más genérico, pero de superior rango, contenido en el artículo 117.3 de la Constitución de 1978 (CE), que señala que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”; mandato que se reproduce en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ). La propia Exposición de Motivos de la LRJCA señala que el nuevo texto legal “ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso administrativo”. Y en tal sentido añade que “el punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe”, lo cual, a su vez, entronca “directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos”, por cuanto “la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”.

Fue la propia Constitución de 1978 la que dispuso, en el artículo 118, que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales”; mandato que es desarrollado en términos subjetivos de gran amplitud en el artículo 17.2 de la citada LOPJ al señalar que “las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes”.

Pero, es más, el mandato constitucional contenido en el artículo 118 de la Constitución de 1978, no se detiene en lo anterior, por cuanto igualmente impone la obligación de “prestar la colaboración requerida –por

los Jueces y Tribunales– en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto” –que luego reiterara el artículo 17.1 de la LOPJ–, y que aparece, igualmente, recogido en el artículo 103.3 de la vigente LRJCA, al señalarse que “todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales Contencioso-administrativos para la debida y completa ejecución de lo resuelto”.

La Exposición de Motivos del nuevo texto legal, de forma explícita, se refiere a tal deber o principio, recordando “la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y... entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva...”, como enseguida podremos examinar.

En desarrollo de tal principio debe destacarse, en este momento, como el artículo 108.1.a) de la LRJCA contempla la triple posibilidad con que cuenta el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución de la sentencia para proceder a la materialización de la misma en los supuestos –sin duda más significativos– en los que el mandato contenido en la misma la sentencia consistiere en la condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto. En dicho precepto se señala que el Juez o Tribunal puede, en primer lugar, (1) recurrir para la ejecución de la a sus propios medios judiciales, pero, dejando abierta la posibilidad (2) de proceder al requerimiento de la colaboración de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada o, incluso, en su defecto, (3) de proceder al requerimiento de colaboración de otras Administraciones Públicas, si bien con la observancia de los procedimientos establecidos al efecto. Pues bien, puesto que el precepto permite, en segundo lugar, el requerimiento no solo a las autoridades sino, incluso, a los “agentes de la Administración condenada”, no tendría obstáculo legal alguno para que el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia la encomienda de la materialización de la misma –cual comisario de la ejecución– a algún agente o funcionario de la Administración condenada, como pudiera ser cualquiera de los altos funcionarios de la misma que actuaría con la concreta habilitación jurisdiccional y sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos.

No cabe duda de que, en el supuesto de autos, el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia, ha encomendado al Concello de Cangas do Morrazo la función o tarea de proceder a la identificación de los posibles terceros de buena fe que pudieran

verse afectados por la demolición que el propio Concello está obligado a realizar. No se puede olvidar que la finalidad para la que se comunica la sentencia firme al órgano administrativo autor de la actividad que hubiera sido el objeto del recurso (artículo 104.1 de la LRJCA) es que “la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo”. La jurisprudencia sobre este particular es bien reiterada, conocida y consolidada; por todas citamos, como ya hemos hechos en otras de las anteriores citadas sentencias, las clásicas SSTC 58/1983, de 29 junio y 109/1984, de 26 noviembre:

“Sin entrar a examinar en estos momentos otros aspectos del complejo derecho que regula el artículo 24 de la Constitución y limitándonos a la repercusión que tal derecho tiene en el trámite de ejecución de sentencia, debemos señalar que el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la Sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las Sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad, naturalmente, dejando a salvo el caso de las Sentencias meramente declarativas”.

Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor.

La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa.

3

La perspectiva constitucional y procesal. La cosa juzgada material y la invariabilidad del contenido de las sentencias firmes

Igualmente por imperativo constitucional, es trascendente observar que inexcusablemente procede estar a los principios de invariabilidad, intangibilidad

e inmodificabilidad de lo juzgado, como sientan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en cuanto se argumentó lo siguiente:

QUINTO.— Según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC núm. 99/1995, de 20 de junio), “en relación con las causas legalmente previstas para que se pueda admitir un recurso de casación contra Autos recaídos en ejecución de sentencia, la única finalidad que persiguen este tipo de recursos radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando, de este modo, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración. Se trata, por tanto, de medios de impugnación dirigidos exclusivamente a evidenciar las posibles irregularidades que hubieran podido cometerse en la actuación judicial por la que se dota de efectividad al título sometido a ejecución y, como tales, sujetos a motivos predeterminados de fundamentación que se diferencian claramente de aquellos otros que, con carácter general, fundamentan los recursos de suplicación o casación cuando los mismos persiguen una finalidad distinta a la de la simple garantía de la integridad de la efectividad del título de ejecución”.

Por su parte, nuestra sentencia de 10 de julio 2014, ha señalado que “Antes de iniciar propiamente el estudio de los motivos concretos de casación relacionados con estas dos cuestiones, se hace preciso reparar también en la específica regulación de la casación de los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, a fin de deducir de ello las consecuencias procedentes. No todos los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, en efecto, son recurribles en casación, ni tampoco tienen acceso a ella cualesquiera de los motivos enunciados al amparo de las distintas letras del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional. Se trata de un recurso de casación realmente ‘sui generis’, porque, de acuerdo con el artículo 87.1 c), que es el precepto que se refiere específicamente al supuesto que nos ocupa, solo cabe la casación si tales autos entran en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia o se exceden de sus términos, o porque resuelven directa o indirectamente cuestiones no decididas por ella (Sentencia de 13 de diciembre de 2006 –RC 8935/2003– y de 19 de noviembre de 2008 –RC 2760/2005). Así,

pues, no procede en estos casos el enjuiciamiento de la actuación de la Sala de instancia, con carácter general, por los errores ‘in procedendo’ o ‘in iudicando’ en que aquella hubiera podido incurrir, como sucede en la generalidad de los recursos de casación, sino solo en la medida en que los autos recaídos en ejecución se aparten o estén en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia. Por decirlo de otra forma, en supuestos como el que estamos examinando, no cabe con carácter general aducir un defecto en la motivación de la sentencia o una falta de congruencia, al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley jurisdiccional, para fundar un recurso de casación únicamente por la expresada circunstancia; como tampoco cabría impetrar solo una arbitraria e irracional valoración de la prueba o una vulneración de un determinado precepto legal (por ejemplo, el artículo 140 LRJAP –PAC) y acudir a la vía del artículo 88.1 d) de la Ley jurisdiccional, con el mismo propósito”.

...

Debemos empezar por recordar la contundente doctrina constitucional en materia de inejecución de sentencia, habiendo afirmado en sentencia de 15 de Abril de 2009:

“i) que el derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que garantía del cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen, lo que determina que este derecho tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas; ii) que el derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce, así, en un derecho que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley; iii) que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos, en un momento posterior, al pronunciamiento judicial entonces emitido, resultando solo posible cuando concurran elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas, recordando que el legislador ha previsto mecanismos para atender a los supuestos de imposibilidad legal o material de cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, como el del art. 105.2 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA);

iv) que uno de los supuestos en los que la ejecución de las sentencias en sus propios términos puede resultar imposible es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la sentencia, a su ejecución solo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador, y v) que, cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, este ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el art. 118 CE, y que cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para su ejecución sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental”.

No resulta ociosa la cita del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto dispone:

Artículo 18.

...

2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.

Y debe efectuarse la oportuna remisión, desde la vertiente procesal, a los efectos negativos y positivos de la cosa juzgada material, excluyentes de un nuevo proceso cuyo objeto sea idéntico o positivos cuando el resultado de un proceso sea antecedente lógico del posterior, bastando traer a colación la aplicación supletoria y con las necesarias adaptaciones del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer:

Artículo 222. Cosa juzgada material

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. *La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.*

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

3. *La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.*

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. *Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.*

4

La ejecución de sentencias firmes de derribo, la responsabilidad patrimonial y las garantías de los daños y perjuicios en ejecución de sentencias firmes de derribo

Para centrar debidamente el desarrollo de la ejecución de sentencias firmes de derribos de obras ilegales, interesa resaltar que nos deben ocupar aquellos pronunciamientos jurisdiccionales contencioso-administrativos en los que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, se determine la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada.

En definitiva, como reconoce la jurisprudencia, en tales sentencias se vienen a resolver aquellos litigios en los que se cuestiona la regularidad urbanística de determinadas actuaciones, que suponen la construcción de inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no resulta jurídicamente posible, lo que determina la demolición de lo construido a llevar a efecto por los trámites de ejecución de sentencia.

Y otra cosa debe ser la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, que no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas.

Como así otra cosa debe ser, si en esa ejecución de sentencia firme que puede incidir en la situación jurídica de terceros cabe atender a garantizar los daños y perjuicios patrimoniales indemnizables, y en el bien entendido que los mismos por no ser determinantes de la legalidad urbanística cuestionada, ni la responsabilidad ni los mismos no han sido debatidos ni declarados en el proceso.

Baste a los presentes efectos la cita de las sentencias de la Sala 3.^a, Sección 5.^a, del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), en los siguientes particulares:

Trasladado este planteamiento al supuesto concreto previsto en el art. 108.3 de la Ley jurisdiccional, de ejecución de sentencias en las que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, determine la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, se aprecia inmediatamente que tales sentencias vienen a resolver aquellos litigios en los que se cuestiona la regularidad urbanística de determinadas actuaciones, que suponen la construcción de inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no resulta jurídicamente posible, lo que determina la demolición de lo construido.

Ciertamente en esta materia urbanística pueden plantearse procesos complejos en los que se cuestione el reconocimiento de derechos de distinta naturaleza, pero el precepto se refiere a ese concreto tipo de procesos en los que se discute la acomodación al planeamiento de determinadas construcciones o instalaciones y más específicamente, aquellos casos en que las construcciones incurren en infracciones de tal entidad que impiden proceder a su regularización, de manera que el restablecimiento de la legalidad urbanística solo puede llevarse a efecto mediante la demolición de lo construido y reposición de la realidad física alterada.

En consecuencia, el marco o ámbito en el que opera el procedimiento de ejecución de la correspondiente sentencia es la efectividad del derecho declarando la regularización de la legalidad urbanística, que ha constituido el objeto de debate en el proceso declarativo y sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional, con las garantías propias del procedimiento (con especial referencia al principio de contradicción procesal), y en el que, además, se propicia la intervención de quienes en el desarrollo del mismo puedan hacer valer derechos o intereses legítimos, que tienen igualmente la posibilidad de impugnar el resultado del proceso si se ha desconocido su derecho a ser parte en el mismo.

En este contexto hay dos razones o circunstancias fundamentales que determinan el alcance y contenido del precepto aquí examinado: primera, la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la promoción y construcción llevada a cabo con violación insubsanable de la normativa urbanística, en las que intervienen terceros ajenos a la actuación que se debate en el proceso, cuyos derechos se trata de proteger y garantizar.

La segunda, que las actividades de edificación y uso del suelo están sujetas, según la normativa urbanística, al correspondiente control administrativo mediante las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades o aprobaciones (art. 178 TRLS de 1976, art. 11 TRLSRU 7/2015) de manera que, al margen de otras imputaciones, es la propia Administración la que puede resultar responsable de los daños y perjuicios derivados para terceros como consecuencia de su deficiente ejercicio de la potestad de control, cuando concurren las circunstancias legalmente exigidas (art. 48 TRLSRU 7/2015, en relación arts. 32 y ss. Ley 40/2015), responsabilidad que no es objeto de debate ni reclamación en el proceso de regularización urbanística ni, por lo tanto, de pronunciamiento alguno en la sentencia de cuya ejecución se trata, cuyo pronunciamiento de regularización urbanística no se altera o condiciona por la existencia de terceros perjudicados, que no afecta a la legalidad urbanística que se declara.

En consecuencia y ya desde este planteamiento, la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que el pronunciamiento al respecto en incidente de ejecución de sentencia

supondría, como señala el Tribunal Constitucional, resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el proceso, Tribunal que en sus sentencias 92/2013, de 22 de abril y 82/2014, de 28 de mayo, relativas a la inconstitucionalidad de la Ley 2/2011 de Cantabria y 8/2012 de Galicia que regulan esta materia, declara que la determinación de la eventual responsabilidad en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística, supone introducir un trámite ajeno a la propia ejecución de la sentencia.

5

Los pronunciamientos judiciales contencioso-administrativos del derribo

Aunque no deja de ser común la existencia de simples pronunciamientos judiciales de derribo, inclusive bajo la tan criticada invocación genérica de “en todo aquello que fuera disconforme a derecho”, igualmente son de destacar los esfuerzos que se van efectuando para que ya a las alturas de la Sentencia que culmine el proceso se determine y concrete el puntual y específico objeto de lo que procede derribar, bien sea en todo o en parte, de la construcción o edificación. Y así, que todo ello se decida en su caso en la vía de recursos jurisdiccionales contra la Sentencia que recaiga.

Obsérvese que en caso de un pronunciamiento genérico se hace necesario apurar un incidente de ejecución de Sentencia para determinar con la debida claridad y precisión el objeto del derribo. Incidente que deberá tramitarse con apoyo en el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a fin y efecto de determinar y concretar el puntual y específico objeto de lo que procede derribar, y con desfase temporal que se produce en la debida ejecución de sentencia, sobre todo teniendo en cuenta en su caso los recursos jurisdiccionales que procedan contra ese pronunciamiento.

A fin de evitar esa duplicación de vías impugnatorias –una para la Sentencia que culmine el proceso y otra para el Auto que culmine el incidente referido– y el desplazamiento temporal tan acusado que con ello se produce, resulta muy conveniente ser asistido por una prueba pericial especialmente dirigida a poner en evidencia, ante el órgano jurisdiccional y las partes, el verdadero alcance o los elementos sobre los que debe alcanzarse el correspondiente derribo, y en concreto hasta visualizando con los correspondientes planos o croquis de planta, alzado y secciones lo que proceda, inclusive con mención a si puede mantenerse o no el resto de lo construido, al punto que ya no sea necesario a buenos entendedores nuevas determinaciones de qué es lo

que lo que procede derribar. En esa tesitura el pronunciamiento jurisdiccional puede perfectamente remitirse a los correspondientes particulares de la prueba pericial para que se cumpla con el concreto derribo que se indique.

De la misma forma, y con idéntica finalidad de aligerar trámites de ejecución con sus vías impugnatorias ya en la Sentencia de cuya ejecución se trate, se puede efectuar, en el halo de las pretensiones que se hayan hecho valer en el proceso, lo que se ha ido denominando la determinación del “programa de ejecución”. Es decir, se pueden alcanzar y fijar pronunciamientos de determinación que se pueden ejemplificar, entre otros y con el debido ajuste al caso concreto a que obedecen, del siguiente modo:

... declaramos y en lo menester condenamos a la Administración demandada a que, sin demora de ningún género lleve a cabal y cumplido término la demolición total e íntegra de la edificación de autos, en los siguientes términos:

*1.– Cursar oficio con acuse de recibo a la Administración demandada para que en el improrrogable plazo de **5 días** haga constar en los autos de primera instancia la autoridad o funcionario responsable de la debida ejecución de la sentencia firme de autos, con apercibimiento, caso contrario, de entender a todos los efectos responsable de la ejecución al titular de la Alcaldía.*

*2.– Se fija un plazo de **dos meses** para que en los autos de primera instancia se acredite el cierre, precinto y se dejen sin efecto alguno los usos que en la obra a derribar se estén realizando y con apercibimiento a la autoridad o funcionario responsable de la imposición de multas coercitivas ascendientes a 75 € por día de demora en la ejecución a partir de ese plazo. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.*

*3.– Se fija un plazo de **tres meses** desde la fecha de notificación de la presente Sentencia para que la Administración Municipal acredite en los autos de primera instancia el inicio de las obras de demolición y se fija un plazo de **nueve meses** para el agotamiento de la ejecutoria para demolición de obras y con apercibimiento a la autoridad o funcionario responsable de la imposición de multas coercitivas ascendientes a 75 € por día de demora en la ejecución a partir de esos tres o/y nueve meses antes citados. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.*

*4.– Transcurrido ese plazo de **tres o/y nueve meses y un mes más** sin constancia del inicio o del agotamiento de la ejecutoria en los autos seguidos en primera instancia se aperciba a la Administración Municipal que se acordará la ejecución de la Sentencia firme de autos, a su cargo,*

mediante la Administración Autónoma y por los servicios, autoridades, funcionarios o empresas o entidades que se designen, eso sí con las debidas garantías. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.

*5.– Debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable, una vez sea comunicado el mismo en plazo o transcurrido el plazo al titular de la Alcaldía, que la falta de cumplimiento de la ejecutoria de autos en el plazo establecido de **tres y nueve meses** puede ser considerado delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. E igualmente debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable que el transcurso del posterior plazo de un mes y en cada mes sucesivo, sin la debida ejecución de la ejecutoria de autos, mientras no se haya acordado la ejecución por la Administración Autónoma, igualmente puede ser considerado como nuevo delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. A tales efectos cúrsese el correspondiente oficio con acuse de recibo a la Administración y notifíquese personalmente esos apercibimientos a la autoridad o funcionario responsable.*

Todas esas diligencias y las conducentes deberán ser actuadas por el Juzgado “a quo”.

6

El ámbito de la debida ejecución del derribo y las pretensiones de la legalización futurible

No debe perderse de vista que el perímetro de lo decidido jurisdiccionalmente o, si así se prefiere, de la cosa juzgada es el pronunciamiento de derribo que es de desear sea lo más concreto y específico sin que sea necesario apurar un nuevo o nuevos incidentes para su determinación o para evaluar sus excesos, y que sea perfectamente cognoscible por los correspondiente técnicos y operarios.

Otro supuesto es que se trate de enmarañar el supuesto a ejecutar con una materia ajena a esa ejecución y que con cierta habitualidad se plantea en la práctica cual es la referible a tratar de obstar, limitar o evitar la debida ejecución de la Sentencia de cuya ejecución se trata con la pretendida legalización futurible, en todo o en parte, de lo realizado.

En principio, y como se irá viendo, esa materia es ajena a la ejecución, que solo comporta atender al derribo, y debe estarse a ello sin que futuribles que no concurren fácticamente puedan alcanzar esas consecuencias de obstar, limitar o evitar la debida ejecución de la Sentencia de cuya ejecución se trata.

Efectivamente en forma alguna cabe estimar que el ordenamiento urbanístico dispense ni los que deben soportar esa ejecución se hallen dispensados de obtener, si les interesa, la correspondiente titulación habilitante con la correspondiente determinación de lo que estimen conducente a su derecho.

En consecuencia, la vía connatural y la regla general en sede de titulación habilitante deberá ser que procedan a instar en vía administrativa lo que corresponda a sus intereses, desde luego estando sujetos a los recursos administrativos de su razón, ya que cuando menos los que han obtenido la Sentencia firme deberán ser considerados interesados al respecto.

Y resultando altamente disfuncional que se trate de instrumentalizar la ejecución de la sentencia de derribo para que se prejuzguen —o se hasta se acepten— unas posibles legalizaciones de lo que solo procede derribar, y además por todas las vías de titulaciones habilitantes que pudieran resultar imaginables, con o sin cambios de planeamiento urbanístico en trámite o no, y hasta por titulaciones urbanísticas especiales de fuera de ordenación o situación disconforme o titulaciones urbanísticas extraordinarias y excepcionales como las de usos u obras de carácter provisional.

En definitiva, tampoco debe olvidarse que, por la mera aprobación de una nueva figura de planeamiento urbanístico o la mera obtención de una titulación habilitante, en forma alguna se debe apreciar que la Sentencia de cuya ejecución se trate resulte perjudicada, ya que se exige que se someta al correspondiente órgano jurisdiccional el correspondiente incidente de imposible ejecución del artículo 105.2, y estimándolo se transmute el fallo en la debida indemnización de daños y perjuicios, dejando sin efecto la ejecución “in natura”, como posteriormente se abundará sobre ello.

7

Los incidentes de ejecución de Sentencia y la no pacífica ejecución de la Sentencia firme de derribo

7.1.— La batería de incidentes que normalmente acceden a la tramitación en ejecución de sentencia y en abreviada síntesis son los relativos al incidente de nulidad del artículo 103.4 y 5 LJCA, al incidente de imposible ejecución del artículo 105.2 LJCA y al incidente de ejecución del artículo 109 LJCA y demás disposiciones concordantes —en adelante solo se indicará artículo 109—.

La primera perspectiva a abordar es la de su tramitación separada o su tramitación conjunta o mezclada, si se nos permite la expresión.

Si la presentación de las correspondientes demandas incidentales en ejecución de sentencia es para cada incidente no se plantean problemas en su tramitación, ya que cada una sigue su curso y finalmente se resolverá en la forma que posteriormente se indicará.

Pero no puede descartarse la tramitación conjunta o mezclada, ya que lo que va concurriendo en buen número de ocasiones es que, cuando la parte ejecutante promueve incidente de ejecución, por la vía del artículo 109 LJCA, para obtener el derribo, al contestar la demanda incidental se ponen de manifiesto motivos que no solo hacen referencia a ese incidente, sino que se alegan nuevos planeamientos urbanísticos, titulaciones habilitantes del más variado género, es decir, en definitiva, haciendo valer una imposible ejecución del artículo 105.2 LJCA sin promoverlo expresamente, y las más de las veces mostrando actuaciones que hasta el momento no se han revelado a la parte ejecutante en la vía administrativa.

En esa tesitura es de desear que se diera traslado a la parte ejecutante para atender cuando menos a su defensa precisamente en ese incidente de ejecución.

Y es en este punto cuando, más pronto que tarde, la parte ejecutante efectúa una defensa que bien puede subsumirse en unas pretensiones de nulidad de los nuevos supuestos que se presentan –nuevas figuras de planeamiento urbanístico a que se ha dado lugar para poder después legalizar por la vía de las titulaciones habilitantes– junto con las pretensiones de nulidad de esas nuevas titulaciones habilitantes y hasta todo ello adornado subsidiariamente –es decir, caso que no se estimen– con una pretensión de daños y perjuicios –es decir, en el supuesto de que se estimase de imposible ejecución en el caso–. Para la primera vertiente se estaría en las pretensiones del artículo 103.4 y 5 LJCA, y en la segunda vertiente en el supuesto del último inciso del artículo 105.2 LJCA, del que debería darse traslado a la parte que se opone a la ejecución y a estos solos efectos.

Siendo lo más riguroso la presentación y tramitación separada de esos incidentes para evitar demoras, repeticiones y acentuación de recursos, quizá es mejor estimar que procede la tramitación conjunta y mezclada en la medida en que se respete en principio de contradicción y defensión, habiendo podido formular las partes sus pretensiones de nulidad, imposible ejecución y ejecución y sus respectivas oposiciones con la práctica de la prueba de su razón, y así finalmente seguido el incidente conjunto por sus trámites se pueda llegar a resolver en cada uno lo que proceda.

Puestos a resolver las pretensiones de nulidad del artículo 103.4 y 5, de imposible ejecución y en su caso de indemnización de daños y perjuicios del

artículo 105.2 y de ejecución del artículo 109, todos ellos de la LJCA, importe destacar que por razones lógico-jurídicas el orden de resolverlas debe ser:

a) En primer lugar, el incidente de nulidad, ya que, caso de estimarse, bien se puede comprender que puede condicionar la resolución del incidente de imposible ejecución, que en su caso no procederá, y el de ejecución, que efectivamente procederá. Caso de desestimarse el incidente de nulidad, queda expedito el enjuiciamiento del de imposible ejecución y, finalmente, el de ejecución.

b) En segundo lugar, una vez desestimado el incidente de nulidad, procede pronunciarse sobre el incidente de imposible ejecución, ya que si no se patentiza un supuesto de imposible ejecución igualmente y en su caso se puede condicionar la resultancia del incidente de ejecución que procederá. Pero si procede la imposible ejecución va de suyo que no procederá la estimación del incidente de ejecución, debiendo pasarse a efectuar el pronunciamiento de rigor sobre la indemnización de los daños y perjuicios por la no ejecución “in natura” de la Sentencia si es que se ha pretendido.

c) Finalmente procede pronunciarse sobre el incidente de ejecución si se ha desestimado el incidente de imposible ejecución, y adoptar en esa sede lo que proceda.

Desde luego todo ello con todas las especificidades de concurrencia de las exigencias procesales, resultancias de estimaciones parciales en su caso, ejecuciones o inejecuciones parciales, sin que quepa admitir supuestos suspensivos en la ejecución no aceptados legalmente y así pretendidos y resueltos y a salvo las acomodaciones, ajustes y acompasamientos en la ejecución a lo que proceda a resultas de lo que se está tramitando y resolviendo a lo que deberá prestarse la debida atención. Y a salvo la vía de los recursos jurisdiccionales contra lo que se va resolviendo.

7.2.— A su vez, importa destacar que uno de los supuestos más complejos se centra en los casos en que se haya desplegado una actuación administrativa reglamentaria –nuevo planeamiento urbanístico– o nueva titulación habilitante y se planteen vías de impugnación fuera del proceso de ejecución.

A ese respecto interesará no perder de vista las especificidades y concretas características del caso y a tales efectos interesa dejar constancia de la cuidada doctrina del Tribunal Supremo, en especial la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 25 de enero de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), en la que en principio, sin entrar en el debate de cuál sea el auténtico carácter –administrativo, procesal o de naturaleza jurídica intermedia de los actos dictados en ejecución de sentencias contencioso-administrativas, entre lo administrativo y lo procesal–, ha tenido ocasión de señalar que los actos dictados en el proceso

de ejecución de una sentencia firme deben ser combatidos en el trámite incidental correspondiente del proceso en que se dictó la sentencia que mediante ellos se ejecuta, deduciendo las peticiones adecuadas ante el órgano jurisdiccional que conoce y resuelve de la ejecución, sin que sea admisible la interposición de recursos contencioso-administrativos sucesivos frente a tales actos, ya que, de admitirse, dilatarían indefinidamente el cumplimiento de lo ya juzgado

Ahora bien, igualmente se centra el caso en las siguientes vías:

Para aclarar estas cuestiones –sin duda relacionadas con el recurso que nos ocupa– debemos distinguir (A) las acciones impugnatorias que pueden ejercitarse en supuestos como el de autos (esto es, en supuestos en los que, previa la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional aparece, con posterioridad, una actuación o reglamentación administrativa que incide de forma directa en la ejecución de la previa sentencia), y, por otra parte, como aspecto diferente –aunque, si se quiere, complementario–, (B) los procedimientos a través de los que las citadas acciones pueden encauzarse:

A) Esto es, la impugnación jurisdiccional de un acto (o de una norma reglamentaria, cual sería el planeamiento) del que se sospecha que ha sido puesto en vigor con la finalidad de eludir la ejecución de una anterior sentencia, podría residenciarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo –en función de su respectiva competencia– de las siguientes formas:

1º. Mediante el ejercicio de una nueva acción de nulidad frente a aspectos de la legalidad ordinaria del nuevo acto o reglamento (planeamiento), articulada a través del correspondiente Recurso Contencioso-administrativo independiente; esto es, se trataría de comprobar la legalidad de la nueva actuación o reglamentación, confrontándola con la legalidad ordinaria en el momento vigente, y, al margen, de los antecedentes jurisdiccionales producidos. Estaríamos, pues, en presencia del ejercicio una acción nueva e independiente, desligado de los previos pronunciamientos jurisdiccionales.

2º. Mediante el Incidente de ejecución de sentencia, tratando de comprobar si la nueva actuación –entendida en sentido amplio– se ajusta a lo resuelto por la anterior sentencia dictada en un proceso contencioso-administrativo; esto es, se trataría de comprobar si la nueva actuación o reglamentación administrativa encaja en el ámbito de legalidad señalado y establecido por la previa resolución jurisdiccional. Es decir, si dichos nuevos actos y disposiciones son “contrarios a los pronunciamientos de las sentencias”. Y,

3º. *Mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 103.4 de la LRJCA (y en el 108.3 de la misma Ley), dirigida a acreditar, exclusivamente, si los nuevos actos y disposiciones –por supuesto “contrarios a los pronunciamientos de las sentencias”– han alcanzado dicha categoría jurídica no por ser contrarios a la legalidad ordinaria vigente, sino por haber sido dictados “con la finalidad de eludir (el) cumplimiento” de la citada sentencia previa.*

B) Desde una perspectiva procedimental la cuestión surge como consecuencia de la forma en que se encauce esta última acción (ex artículo 103.4 de la LRJCA), ya que el ejercicio de la misma puede encauzarse de diversas formas:

1º. *Conjuntamente con una acción ordinaria, es decir, en un Recurso contencioso-administrativo independiente en el que se acumulen las acciones de legalidad ordinaria y la especial del artículo 103.4.*

2º. *Conjuntamente en un Incidente de ejecución de sentencia (ex artículo 109 de la LRJCA); es decir, se ejercitaría en el incidente que se abre a partir de la firmeza de la sentencia, en el propio recurso contencioso-administrativo, para proceder a la ejecución de la sentencia en el mismo dictada, y, en tal Incidente se analizarían, de forma conjunta, tanto los aspectos –materiales, si se quiere– relativos al ajuste de lo resuelto con el previo pronunciamiento de la sentencia, como, los aspectos, de perfil más subjetivo, cuáles serían los relativos a la finalidad intrínseca de dichos pronunciamientos, en concreto, los relativos a si los mismos habían sido dictados “con la finalidad de eludir (el) cumplimiento” de la citada sentencia previa.*

3º. *En solitario –esto es, sin coetaneidad con las otras dos acciones a las que nos hemos referido–, mediante un específico y exclusivo Incidente de ejecución de sentencia; esta es la vía prevista en el artículo 103.5, que se remite al 109 de la misma LRJCA.*

Debemos, pues, señalar que esta remisión del artículo 103.5 al 109 – como ya hemos expuesto y ahora ratificaremos– no implica la exclusividad procedimental, pues, como acabamos de exponer, esta acción del artículo 103.4 también puede ejercitarse –conjuntamente con la acción material ordinaria– bien a través de un recurso contencioso– administrativo independiente –que es, justamente, lo acontecido en el supuesto de autos– bien en un genérico Incidente de ejecución de sentencia previsto para resolver todas las cuestiones derivadas de la sentencia.

Y así en el caso concreto tan caracterizado por tratarse de una actuación centrada en el halo de la ejecución de sentencia se llegó a la conclusión siguiente:

De lo anteriormente expuesto resulta con absoluta claridad que el acto ahora recurrido fue dictado a requerimiento de la Sala y que de ello tuvo perfecto conocimiento la Administración autonómica, esto es, es la Sala la que en ejecución considera que la rectificación de un error material, en el que ha incurrido una disposición de carácter general no requiere la tramitación de un procedimiento equivalente al correspondiente para la aprobación de dicha disposición de carácter general (en este caso, Aprobación Inicial, Aprobación Provisional y Aprobación Definitiva) bastando para ello un mero acuerdo de rectificación del error padecido. Por ello, el acuerdo dictado por el Ayuntamiento de Mijas en ejecución de sentencia, debió haber sido impugnado por la recurrente en el seno del incidente de ejecución de sentencia, por cuanto la Administración demandada lo que ha hecho es cumplir con su deber legal de ejecutar la sentencia, no estando permitida una impugnación autónoma del acuerdo dictado, siguiendo lo ordenado por la Sala.

7.3.– Otra temática a destacar es la relativa al enjuiciamiento en los juzgados de lo contencioso-administrativo en ejecución de sentencia por la vía del artículo 103.4 y 5 LJCA cuando la actuación desplegada no solo recae en titulaciones habilitantes competencia del mismo, sino con figuras de planeamiento urbanístico cuya impugnación directa recae en la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

En estos casos el enjuiciamiento relativo a la finalidad de eludir el cumplimiento de la Sentencia debe recaer no solo en los actos administrativos que se hayan dictado, sino también respecto a las figuras de planeamiento que se hayan desplegado y en razón a su posible impugnación indirecta.

Y la decisión que se adopte en el Juzgado, caso de estimar nulas las figuras de planeamiento urbanístico, deberá atender al planteamiento de la correspondiente cuestión de ilegalidad.

Ahora bien, si se recurre en apelación contra esa resolución del incidente, nada impide a la Sala de lo Contencioso-Administrativo que en esa vía estime la nulidad de esas figuras de planeamiento, siguiendo doctrina establecida al respecto contra las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo, haciendo innecesario el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

Baste a los presentes efectos, entre otras, la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 4 de febrero de 2019, en los siguientes particulares:

TERCERO.– Planteado en estos términos el recurso de casación, habiéndose solventado la alegación de pérdida sobrevenida de objeto por auto de 3 de julio de 2018 y debiéndose estar a la apreciación de interés casacional señalada en el auto de admisión de 19 de enero de 2018,

procede, de conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley jurisdiccional, examinar las alegaciones y motivos de impugnación de las partes con referencia a la cuestión que, según se recoge en el dicho auto de admisión, precisa ser esclarecida, que no es otra que la incidencia de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LJCA puesto en relación con lo recogido en el artículo 103.4 de la LJCA, en un supuesto en el que, como en el caso de autos, la declaración de nulidad del plan especial se efectuó en el seno de un incidente de ejecución de sentencia, durante la resolución de un recurso de apelación, teniendo en consideración la posible incidencia en el juego de ambos preceptos del cambio normativo autonómico producido a lo largo de la tramitación del citado incidente. A tal efecto no puede perderse de vista que el litigio se plantea en el ámbito de la ejecución de una sentencia y atañe a la exigencia constitucional de su obligado cumplimiento (art.118 CE), que supone la ejecución en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), bajo el control del órgano jurisdiccional competente al efecto.

Es en este marco esencial en el que se establece la previsión del art. 103.5 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el sentido de apoderar al órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia para declarar la nulidad de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley. Tal facultad se reconoce tras establecer la propia Ley en el apartado precedente la nulidad de pleno derecho de los referidos actos o disposiciones, de manera que, de una parte, se produce la previsión legal estableciendo la nulidad de pleno derecho en razón de una causa que atañe a la ejecución del fallo y de otra se faculta al órgano jurisdiccional para efectuar la correspondiente declaración de nulidad en el mismo procedimiento de ejecución, salvo que carezca de competencia al efecto según la propia Ley procesal.

Pues bien, la falta de competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de tales actos o disposiciones no desapodera al órgano jurisdiccional para ejercer el correspondiente control en la ejecución de la sentencia, que tiene atribuido por la ley, y en tal sentido valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar el incumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida, que en caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inejecución y, en consecuencia, el correspondiente pronunciamiento judicial desestiman-

do la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del art. 105.2 de la LJCA.

Otro alcance tiene la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones al margen de la concreta ejecución de que se trate y es en razón de ello que se mantiene el régimen de competencia establecido al efecto por la Ley y se establece la salvedad prevista en el último inciso del art. 103.5, de manera que la declaración se produce si el mismo órgano jurisdiccional competente para la ejecución lo es para conocer de la legalidad del acto o disposición de que se trate y, en otro caso, habrá acudir a los procedimientos establecidos para su declaración por el órgano jurisdiccional competente al efecto, que tratándose de una disposición general puede plantearse por vía de resolución de un recurso devolutivo, como cuestión de ilegalidad (art. 27.1LJCA) o mediante su impugnación directa ante el Tribunal competente.

Desde estas consideraciones generales no pueden acogerse las alegaciones que se formulan en el primer motivo de impugnación que se articula por la Generalitat de Catalunya por cuanto, de una parte, no es discutible la competencia de Juzgado de lo Contencioso Administrativo para declarar la nulidad de la licencia concedida el 31 de agosto de 2011 al amparo del Plan Especial de 6 de junio de 2011, nulidad que impide por si sola su consideración como justificación para atender la alegación de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia y, por otra parte, apreciada por el Juzgado, dentro de sus competencias en materia de ejecución, la concurrencia en la aprobación del Plan Especial de la causa de nulidad prevista en el art. 103.4 de la LJCA, su declaración se efectúa por la Sala de instancia, con ocasión del conocimiento del recurso de apelación planteado ante la misma y sin necesidad de suscitar cuestión de ilegalidad, precisamente en cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal Supremo en auto de 8 de julio de 2016, dictado en incidente de nulidad, que declara la nulidad de actuaciones y retroacción al momento anterior al dictado de la sentencia de 20 de septiembre de 2013.

...

CUARTO.— Rechazado el planteamiento de las partes recurrentes y respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de entenderse que corresponde al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida en el art. 103.4 de la LJCA, que en

caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inejecución y el correspondiente pronunciamiento judicial desestimando la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del art. 105.2 de la LJCA, sin perjuicio de que la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones se lleve a cabo por el órgano jurisdiccional competente según la propia Ley procesal. Por otra parte, la incidencia que pueda tener una modificación normativa en el procedimiento de ejecución de la sentencia queda condicionada por el resultado de la valoración que se haga, en cada caso, sobre la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 103.4 de la LJCA.

7.4.– Llegados a las presentes alturas no se va a descubrir la obviedad que representa, especialmente en la vía del artículo 103 LJCA, que la modificación del planeamiento que incide en la debida ejecución de sentencias firmes es singularmente exigente, al punto que no debe descartarse que forma parte de los hechos determinantes de la nueva ordenación que se interesa, y atendida la consideración de las exigencias de cita de los convenios urbanísticos, o de las personas titulares de terrenos en su caso favorecidos por la nueva ordenación, no debe obviarse igualmente la cita de los pronunciamientos jurisdiccionales que pueden resultar afectados por el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico, por lo demás perfectamente conocidos por las Administraciones en liza.

Así, y en abreviada síntesis, deben resaltarse los pronunciamientos jurisdiccionales en que se aboga por una motivación intensa, reforzada sobre la nueva ordenación, que debe obedecer a una satisfacción de los intereses públicos, y hasta el punto de invertirse la carga de la prueba de su acreditación, como, por todas, se muestra en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a Sección 5.^a, de 6 de septiembre de 2016 (ponente: Tolosa Tribiño, César), al sentar:

1. Por de pronto, la ordenación propuesta en los términos indicados ha de estar especialmente justificada en razones de interés general.

Se requiere en estos casos una motivación especialmente intensa justificativa de que la indicada ordenación responde a razones objetivas de dicha índole; y se produce incluso una inversión de la carga probatoria, correspondiendo a la Administración acreditar la inexistencia de una intención defraudatoria y la adecuación por el contrario de su actuación al interés general.

Ha de insistirse en que habrá ciertas ocasiones en que ni siquiera será posible que la Administración podrá decantarse por la alternativa indicada; pero, como también hemos señalado, no siempre es así y habrá que estar a la entidad y naturaleza del vicio determinante de la anula-

ción: ahora bien, por dejar las cosas bien claras de entrada, en todo caso, cuando ello resulte posible, el deber de motivación de las determinaciones adoptadas requiere su satisfacción en los rigurosos términos que acabamos de indicar.

7.5.– Dirigiendo la atención a la vía del artículo 105.2 LJCA interesa dar por sobradamente conocido que solo con un pronunciamiento judicial de imposible ejecución cabe sostener que la ejecución “in natura” de una sentencia firme ya no proceda, y que deba estarse al incidente de indemnización de daños y perjuicios si así se insta.

Ahora bien, después de recordar igualmente que esa imposibilidad debe ser radical y absoluta, interesa dejar sentados los pronunciamientos jurisdiccionales relativos a dos temáticas que tan asiduamente acceden a enjuiciamiento en ese incidente. Una relativa a la verdadera naturaleza del plazo establecido para su promoción, y otra relativa a la legitimación para esa promoción más allá de la Administración.

A tales efectos procede traer a colación, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 29 de diciembre de 2015 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y las que en ella se citan en los siguientes fundamentos de derecho:

QUINTO.– El primer motivo ha de ser rechazado. Recordemos que el artículo 105.2 de la LRJCA dispone que, para el supuesto de concurrencia de causa (material o legal) de imposibilidad de ejecutar la sentencia “el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial... dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior...”. Pues bien, dicho plazo de referencia (104.2) es –en principio– el de “dos meses a partir de la comunicación de la sentencia”. De esta comunicación se ocupa el párrafo anterior del mismo artículo (104.1) que, después de su modificación por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de agilización procesal, dispone que “Luego que sea firme una sentencia, el Secretario Judicial –hoy “Letrado de la Administración de Justicia” de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial – lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiese realizado la actividad objeto del recurso”, órgano administrativo que, a continuación y por su parte, en otro nuevo plazo de diez días, deberá indicar al Tribunal, a través del Letrado de la Administración de Justicia, “el órgano responsable del cumplimiento” del fallo de la sentencia firme.

Pues bien, entre otras muchas, en nuestra STS de 16 de abril de 2013 (RC 918/2012) hemos sintetizado nuestra –sin duda evolutiva– doctrina

en relación con el plazo con que cuenta la Administración –o los interesados en algunos supuestos– para el planteamiento al Tribunal de la concurrencia de causa para de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia; plazo que, como hemos expuesto es, como regla general, el indicado plazo de dos meses –a que se hace referencia en el artículo 104.2 de la LRJCA antes transcrito–, o bien, en algunos casos, el plazo especial –fijado en sentencia– al que el mismo precepto se remite, por la vía del artículo 71.1.c) de la LRJCA, pero sin tomar en consideración al “plazo inferior” a que hace referencia el n° 3 del mismo artículo 104 LRJCA. Pues bien, en dicha STS decíamos:

“Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha venido interpretando, sin embargo, con flexibilidad el mencionado plazo, señalando la STS de 30 de enero de 1996 que: “Por otra parte este plazo no puede considerarse de caducidad y el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no lo contempla”.

En la STS de 6 de junio de 2003 se añadió –en relación con el artículo 107 de la LRJCA 56– que “Esta cuestión ha sido resuelta adecuadamente por el Tribunal de instancia al señalar que dicho plazo no es de caducidad, pues la imposibilidad de ejecutar una sentencia lo es en cualquier momento, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala en sus autos de 6 de abril de 1992, 15 de marzo de 1993 y 30 de enero de 1996, así como en la sentencia de 12 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma que: “debe tenerse en cuenta que, si inicialmente la doctrina de este Tribunal acogió una interpretación estricta en orden a la observancia de dicho requisito temporal, en sintonía con la tesis de los recurrentes, en una ulterior etapa jurisprudencial, es posible distinguir a estos efectos el supuesto contemplado en el artículo 105.2 y el que se regula en el artículo 107, ambos de la Ley de la Jurisdicción. En el primero, es preclusivo el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la sentencia para que el Consejo de Ministros, con carácter extraordinario, pueda decretar la suspensión o inexecución por alguna de las causas legales que enumera el precepto.... Por el contrario, en el referido artículo 107 LRJCA se contempla un supuesto de inexecutabilidad de sentencia distinto, por causa de su imposibilidad material o legal, cuya concurrencia ha de ser apreciada ineludiblemente por los Tribunales dentro de un proceso incidental, para el que se establece también un plazo de dos meses para su planteamiento, pero sobre el que los más recientes pronunciamientos de este Tribunal han hecho las siguientes precisiones: a) su cómputo ha de iniciarse, como regla general, desde que surja la causa determinante de la imposibilidad material o legal:

“entenderlo de otro modo haría ilusoria en muchos casos la aplicabilidad del artículo 107 LJCA cuando la imposibilidad se presentara con posterioridad a los dos meses desde la recepción del testimonio de la sentencia” (ATS 28 marzo 1990); b) el plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 107 LRJCA no puede calificarse como de caducidad en términos absolutos, y “si verdaderamente concurre una causa de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, resulta necesario plantear y resolver el incidente de inejecución, única forma de poder determinar (en su caso) la indemnización que sea pertinente a favor de la parte que obtuvo la sentencia favorable” (ATS 6 abril 1992); c) procede declarar correctamente admitido el incidente cuando el particular recurrente, en su día, acepta expresamente que se admita transcurridos los dos meses que prescribe la Ley (STS 29 octubre 1992); y d) en relación con el transcurso del plazo de dos meses establecido en el artículo 107 LRJCA debe seguirse una interpretación en clave del artículo 18.2 LOPJ, en cuanto determina que si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (ATS 22 febrero 1994)”.

Añadiendo la STS de 26 de enero de 2005 que: “Tampoco ha habido un incumplimiento, propiamente dicho, del plazo de dos meses a que se remite ese artículo 105.2... En todo caso, basta recordar ahora que el incumplimiento de aquel plazo no impide apreciar la causa de imposibilidad cuando esta realmente concurre. Sus efectos son otros”.

Pero, dicho lo anterior, también debemos añadir que la STS de 9 de abril de 2008 ha incidido en esta cuestión relativa al plazo para el planteamiento de la imposibilidad (habiendo continuado la línea iniciada por las posteriores SSTS de 30 de octubre y 17 de noviembre de 2008) introduciendo en la anterior línea jurisprudencial importantes matizaciones: “Con tal plazo preclusivo se pretende evitar la inseguridad en cuanto a la ejecución de las sentencias y evitar la promulgación de disposiciones o la adopción de actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias con la finalidad precisamente de eludir su cumplimiento, los que el artículo 103.4 de la misma Ley sanciona con la nulidad radical.

Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en

el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación esta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005 (recurso de casación 2354/2002), en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en esta que “los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia”, mientras que en la ya citada de fecha 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004, fundamento jurídico cuarto) hemos expresado que “como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial –fijado en la sentencia– al que el mismo precepto se remite”.

En este caso, la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia es, en opinión del recurrente, la aprobación de unas Normas Subsidiarias de Planeamiento un año después de la firmeza de aquella y la solicitud de que se declare la imposibilidad legal la formula dicho recurrente ante el Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia cuatro años después de haber quedado esta firme y tres años después de ser aprobadas las aludidas Normas Subsidiarias en las que basa su pretensión, razones por las que el quinto motivo de casación alegado tampoco puede prosperar”.

Por su parte, la STS de 17 de noviembre de 2008 –al igual que la posterior STS de 9 de febrero de 2009 – puso de manifiesto los siguientes extremos: “Esta Sala ha declarado en diversas ocasiones –sirvan de muestra las sentencias que cita la Sala de instancia en el fundamento cuarto del auto que desestimó el recurso de súplica– que el plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia –dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo– no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, si efectivamente concurre la imposibi-

lidad puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señala los preceptos citados.

Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Muy por el contrario, en sentencia de 9 de abril de 2008 (casación 6745/05) hemos destacado la significación de ese plazo haciendo las siguientes consideraciones (...).

Complementando la doctrina que acabamos de reseñar, procede ahora señalar que la inobservancia del mencionado plazo, y dependiendo de que esa inobservancia sea o no justificada, podrá ser un factor relevante o incluso determinante a la hora de valorar la seriedad del alegato de imposibilidad, y, en definitiva, a la hora de decidir la procedencia de la declaración de imposibilidad de ejecución que se solicita de forma tardía”.

Esta doctrina –entre otras– la hemos seguido en la posterior STS de 13 de mayo de 2014 (RC 2714/2013), continuando con la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 9 de abril de 2008, y seguida por las SSTS de 30 de octubre de 2008, 17 de noviembre de 2008 y 9 de febrero de 2009. Pues bien, en la citada STS de 13 de mayo de 2014, añadíamos:

“En cuanto a la cuestión relativa al plazo de dos meses a que se refiere el art. 105.2 en relación con el 104.2, ambos de la Ley de esta Jurisdicción para la alegación de la causa de imposibilidad legal o material de ejecución, esta Sala tiene declarado que el plazo señalado en los citados artículos para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia –dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo– no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, como señala la sentencia de esta Sala y Sección de 14 de febrero de 2013, que realiza un examen bastante exhaustivo sobre la materia, si efectivamente concurre la imposibilidad, puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señalan los preceptos citados. Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo

significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado”.

Doctrina en la que insistíamos en la STS de 8 de julio de 2014 (RC 2465/2013):

“En esa nuestra Sentencia, fechada el 16 de mayo de 2014 (recurso de casación 1621/2013), de la que hemos hecho repetida cita, recogiendo jurisprudencia anterior, se declara que ‘esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha admitido (Sentencias de 17 de noviembre de 2008 –recurso de casación 4285/2005– y 9 de febrero de 2009 –recursos de casación 1622/2005 –, entre otras) que el plazo de dos meses, establecido por el citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses, el incidente de imposibilidad legal o material de ejecutar las sentencias’, pero también hemos expresado que ‘la ejecución de una sentencia firme no puede quedar supeditada indefinidamente a la promoción sucesiva de incidentes de imposibilidad legal o material de ejecución de una sentencia por causas existentes al momento de haberse promovido el primero’, pues ‘tal pretensión es contraria a lo establecido por el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción y a la jurisprudencia, antes citada, interpretativa del mismo, y, en definitiva, contradice abiertamente lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución y 103.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa’, razones estas suficientes para estimar los motivos de casación primero y segundo invocados con la consiguiente declaración de haber lugar al recurso interpuesto frente a los autos que han declarado la inejecución de la sentencia por causa de imposibilidad material, a pesar de lo cual vamos a examinar seguidamente si concurre o no esa pretendida causa de imposibilidad material”.

Cerramos la cita, por su parte, con la STS de 23 de septiembre de 2015 (RC 227/2015), en la que hemos reiterado, una vez más lo antes expuesto.

Pues bien, en relación con el supuesto de autos, recordaremos los siguientes datos:

a) La STS de esta Sala de 5 de febrero de 2008 –tras casar la de instancia de 31 de julio de 2003– solo fue parcialmente anulatoria (por cuanto lo anulado fue solo el Acuerdo plenario municipal de permuta de terrenos, adoptado en sesión de 17 de diciembre de 1993, pero no el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 14 de julio de 1993, que concedió la licencia de obras).

b) *Que, en ejecución de la anterior STS de 2008, la Sala de instancia dictó los Autos de 10 de noviembre de 2011 y 26 de enero de 2012 – cuya parte dispositiva ha sido antes transcrita–, en los que, en síntesis, se acordó haber lugar a la ejecución de la sentencia (anulatoria de la permuta), ordenando la devolución de las cosas permutadas y cantidades satisfechas, así como la comunicación registral para la cancelación de la permuta y la inscripción de la sentencia.*

c) *Recurridos en casación tales Autos (por considerar la recurrente que la STS de 5 de febrero de 2008 no era susceptible de ejecución al tratarse de una sentencia declarativa y no de condena) esta Sala dictó una segunda STS, de fecha 17 de septiembre de 2013, rechazando el recurso de casación formulado contra los anteriores Autos.*

) *Fue en ese momento –en concreto, en fecha de 10 de diciembre de 2013– cuando la recurrida en la instancia presentó escrito ante el Ayuntamiento solicitando se dictase resolución por la que se declarase la imposibilidad de ejecutar la sentencia, a lo que se opuso la parte recurrente solicitando la inadmisibilidad del escrito; tras ello, en fecha de 20 de enero de 2014 el ayuntamiento solicitó de la Sala que considerase la imposibilidad de ejecutar la sentencia.*

Pues bien, en el supuesto de autos, no puede considerarse que haya existido un largo período de inactividad procedimental entre la fecha de la STS de 17 de septiembre de 2013 y la de la solicitud municipal (20 de enero de 2014) de declaración de imposibilidad de ejecución –a la vista del trámite de audiencia seguido–, teniendo en cuenta, además, qué solo tras dicha sentencia de 2013 quedó confirmada la obligación de ejecutar la anterior sentencia de 2008, al considerarse que esta –como pretendía la recurrida– no era una sentencia meramente declarativa, y qué, por otra parte, solo hasta entonces quedaron concretados los extremos de tal ejecución (devolución de bienes y cantidades permutadas, y constancia registral de ello). Más en concreto, en la sentencia de 2013 se expresaba que “para que la ejecución realmente resulte efectiva ha de procederse –también– a la devolución de las contraprestaciones contractuales, esto es, del inmueble cedido y de las contraprestaciones realizadas, de resultar ello posible; aspecto este respecto del que no debemos pronunciarnos, por no incluirse referencia alguna al mismo en los autos impugnados”.

En consecuencia, solo hasta conocer el contenido de la sentencia quedaba perfilado el ámbito de ejecución, y, lo que resulta más significativo, solo hasta haberse conocido el mismo por el Ayuntamiento podía el mismo plantearse la posibilidad o imposibilidad de su cumplimiento,

a la vista de la realidad construida. Duda esta que, de forma bastante explícita, apuntaba la STS en el texto antes transcrito, en el qué, si bien se establecía la obligación de las devoluciones, también se advertía, sin pronunciarse, que tales devoluciones se llevarían a cabo “de resultar ello posible”. Solo, pues, hasta ese momento de concreción del ámbito de la ejecución podía plantearse el Ayuntamiento la cuestión relativa a la posibilidad o imposibilidad de ejecución, y, en consecuencia, solo, a partir de ese concreto momento, podía –en su caso– conocerse la concurrencia de causa de imposibilidad de ejecución.

Solo, pues, desde ese momento podía comenzar a computarse el plazo de dos meses previsto en los artículos 104.2 y 105.2 de la LRJCA.

El motivo, pues, decae.

SEXTO.– En el segundo motivo se entiende infringido el mismo artículo 105.2 de la LRJCA y jurisprudencia contenida en las SSTS 16 de marzo y 8 de octubre de 2008, considerando que la entidad TENSA no se encontraba legitimada en absoluto para plantear la imposibilidad de ejecución, rechazando la argumentación de que el Ayuntamiento había hecho suyas las propuestas de la entidad, pues, una cosa es oponerse a la ejecución de la sentencia –para lo que la entidad estaba legitimada–, y, otra muy distinta instar el específico incidente de inejecución previsto en el artículo 105.2 de la LRJCA, considerando que la entidad TENSA puede oponerse a la ejecución pero solo es el Ayuntamiento de Marbella el órgano encargado de promover la inejecución.

Tampoco este motivo puede prosperar. La legitimación para el inicio del procedimiento encaminado a la adopción de la expresada decisión de concurrencia de causa de imposibilidad de ejecución, le corresponde, en concreto, al “órgano –administrativo– obligado al cumplimiento” de la sentencia; órgano, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 104.2 de la LRJCA, tendría que haber sido identificado para ante el Tribunal, en el plazo de diez días a contar desde la comunicación de la sentencia a la Administración a través del órgano que hubiese realizado la actividad objeto del recurso.

Al respecto el Tribunal Supremo señaló en la STS de 10 de diciembre de 2003 que:

“Debe tenerse presente que el texto del artículo 105.2 de la L.J. es muy claro: es “el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia” quien está legitimado para alegar la imposibilidad material o legal de ejecutarla. Está fuera del texto y del espíritu de la Ley que, frente a la voluntad del Ayuntamiento de ejecutar la sentencia en sus propios términos, sea el demandante quien se oponga a ello”.

De todas formas no conviene olvidar la posibilidad de que fueran los particulares afectados los que instaran –en el ámbito administrativo– la tramitación de un incidente encaminado a decretar la imposibilidad de ejecución de una sentencia, lo que, sin duda, les abriría la vía jurisdiccional en relación con el resultado del mismo. Así en la STS de 26 de septiembre de 2006 se señaló que:

“Al articularse ese motivo de casación se olvida que no es el incidente sobre la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia un procedimiento para plantear cuestiones que no fueron alegadas en el proceso que finalizó con la sentencia que se trata de ejecutar, sino el cauce para que el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia manifieste a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo de dos meses a partir de la comunicación de la sentencia, las causas de imposibilidad legal o material de ejecutarla. En este caso, la Comunidad de Propietarios, constituida sobre el edificio de cuya demolición se trata, en lugar de acudir al Ayuntamiento obligado al cumplimiento de la sentencia para que, de concurrir causas de imposibilidad legal o material para ejecutar la sentencia, así lo manifestase a la Sala de instancia, se ha dirigido directamente a esta solicitando la declaración jurisdiccional de inejecutabilidad legal y material de la sentencia, basándose en que se aprobó un cambio de planeamiento que permite la legalización de lo indebidamente construido en su día y que resulta imposible demolerlo sin dañar el resto del edificio, hechos estos que, junto a la condición de terceros adquirentes de los integrantes de la Comunidad de Propietarios, ha tratado de acreditar con los medios de prueba que el Tribunal a quo se negó a admitir”.

Más recientemente, en la STS de 9 de abril de 2008, el Tribunal Supremo ha insistido en esta misma línea, poniendo de manifiesto que:

“En cuanto a la legitimación para plantear ante el Tribunal al que compete hacer ejecutar la sentencia la imposibilidad material o legal de hacerlo, esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación 8712/2003), 9 de noviembre de 2006 (recurso de casación 7354/2004) y 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004), que, según se deduce de la literalidad del precepto contenido en el referido artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es el órgano administrativo encargado de su cumplimiento quien lo debe pedir, si bien los afectados por la sentencia están facultados para reclamar de ese órgano obligado al cumplimiento que suscite tal cuestión ante el juez o tribunal competente para ejecutarla, de modo que, si no lo hiciese o se negase a ello,

cabe que los interesados o afectados se dirijan a estos solicitando que se pronuncien acerca de la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia”.

Pues bien, esto es lo acaecido en el supuesto de autos en el que, efectivamente, fue el Ayuntamiento de Marbella el que –de conformidad con lo previsto en el artículo 105.2 de la LRJCA– formuló la solicitud-propuesta, al Tribunal de instancia, de declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia, si bien, a solicitud previa de la recurrida; solicitud, administrativa, absolutamente compatible con la interpretación que hemos realizado del artículo 105.2 de la LRJCA.

Por su parte, en la STS de 28 de marzo de 2014 (RC 849/2013) hemos expuesto:

“En su escrito de oposición al recurso de casación la representación de la Asociación de afectados por la PLISAN aduce que la Administración del Estado carecía de legitimación para pretender la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia, pues según el artículo 105.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la petición debería haberla formulado la Administración obligada al cumplimiento del fallo, que en este caso era la Xunta de Galicia por ser la que había aprobado el Proyecto Sectorial que la sentencia anuló.

El planteamiento de la parte recurrida es conforme con la jurisprudencia en la que se declara, en efecto, que la petición de declaración de imposibilidad debe formularla la Administración a la que incumbe la ejecución de la sentencia –en este caso, la Xunta de Galicia–, sin que puedan hacerlo las demás partes en el proceso, si bien estas pueden instar a aquella Administración a que lo solicite y solo ante su negativa o silencio podrán aquellas dirigirse luego a la Sala sentenciadora. En este sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de esta Sala de 2 de junio de 2008 (casación 2415/06), 17 de noviembre de 2008 (casación 4285/05), 8 de octubre de 2008 (casación 5665/06) así como la que en esta última se citan de 26 de septiembre de 2006 (casación 8712/03), 9 de noviembre de 2006 (casación 7354/04), 24 de enero de 2007 (casación 140/04) y 9 de abril de 2008 (casación 6742/05).

También interesa dejar constancia de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a Sección 5.^a de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), con los siguientes argumentos:

NOVENO: Siguiendo el criterio precedentemente expuesto, el art. 105 de la LJCA, en su número primero señala que “No podrá suspenderse el

cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo”. No obstante y como excepción a la regla general, el número dos establece que: “Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior; a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Acerca de tal posibilidad, la jurisprudencia, con carácter general, ha precisado que solo el concurso de circunstancias sobrevenidas que alteren los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta por el Tribunal sentenciador puede hacer imposible o dificultar la ejecución de la sentencia (S.TC 41/1993, de 8 de enero); que, por el contrario, la inejecución de la resolución en sus propios términos por conveniencia del ejecutante no supone imposibilidad material ni legal de incumplimiento (S.TC 219/1994, de 18 de julio) y que la existencia de dificultades prácticas no puede excusar la ejecución de las sentencias (S.TC 155/1985, de 12 de noviembre).

En definitiva, como afirma el Auto del Tribunal Supremo de 16 julio 1991, la “imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos, que no es otra que seguridad jurídica”.

7.6.— Y para la posible estimación de abuso de derecho para la promoción reiterada de incidentes de imposible ejecución vuelve a ser necesario citar las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en los siguientes particulares:

La segunda cuestión que debemos resolver es si, a la vista de las alegaciones que se contienen en el escrito de oposición al recurso, el planteamiento de este incidente, vistos los precedentes, constituye un supuesto de abuso de derecho que no puede ser objeto de tutela por este Tribunal.

En este sentido, procede recordar que en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2014, Recurso Núm.: 1621/2013, señalamos que “Ambos recursos de casación se esgrimen al amparo de lo establecido por el artículo 87.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción por entender que el auto recurrido contradice lo ejecutoriado al haberse negado a sustanciar un nuevo incidente de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, en contra de lo establecido concordadamente en los artículos 105.2 y 109 de la misma Ley, que, contrariamente a lo declarado por la Sala de instancia en el auto recurrido, permiten el planteamiento de sucesivos incidentes de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia mientras no conste en autos la total ejecución de la misma.

Esta tesis, desarrollada por ambos recurrentes, resulta inadmisibles por ser contraria abiertamente a la literalidad y a la finalidad de lo dispuesto en los referidos artículos 105.2 y 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es evidente que en este último precepto solo se contempla el planteamiento de cuestiones que no contraríen el contenido del fallo de la sentencia y nada es más contrario a aquel que la imposibilidad de ejecutarlo.

Sin embargo, cabría plantearse si es posible, al amparo de lo establecido en el artículo 105.2 de la misma Ley, promover sucesivos incidentes tendentes a declarar la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia.

Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha admitido (Sentencias de 17 de noviembre de 2008 –recurso de casación 4285/2005 –y 9 de febrero de 2009 –recursos de casación 1622/2005 –, entre otras) que el plazo de dos meses, establecido por el citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses, el incidente de imposibilidad legal o material de ejecutar las sentencias.

No es este el supuesto que nos ocupa, sino que estamos ante un incidente ya sustanciado de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, en el que se decidió que no concurría la causa alegada y se declaró nula de pleno derecho la nueva ordenación urbanística de la parcela por tener la exclusiva finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia, y el planteamiento de un nuevo incidente por la misma Administración municipal con fundamento en una causa de imposibilidad legal que ya existía al tiempo de haberse promovido el incidente anterior.

Tal pretensión es contraria a lo establecido por el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción y a la jurisprudencia, antes citada, interpreta-

tiva del mismo, y, en definitiva, contradice abiertamente lo dispuesto en los artículos 118 de la Constitución y 103.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que la ejecución de una sentencia firme no puede quedar supeditada indefinidamente a la promoción sucesiva de incidentes de imposibilidad legal o material de ejecución de una sentencia por causas existentes al momento de haberse promovido el primero, y, por tanto, ambos recursos de casación, en cuanto invocan que la Sala de instancia, al negarse a sustanciar un nuevo incidente de inejecución de sentencia, ha conculcado lo establecido concordadamente en los artículos 105.2 y 109 de la Ley de esta Jurisdicción, no pueden prosperar”.

Ocurre sin embargo que, en este supuesto, el argumento de la aplicación del art. 108.3 LJCA, se plantea de forma novedosa (en un recurso anterior se alegó improcedentemente su aplicación en una posición procesal incompatible con la misma), de forma tal, que, pese a lo perturbador del planteamiento de un nuevo incidente, no podemos rechazarlo sin más bajo tal argumento.

7.7.— Y finalmente este apartado, referente a los incidentes de ejecución de sentencia, debe terminar en el sentido de mostrar el limitado cauce de los recursos de casación que se pueden formular contra los pronunciamientos jurisdiccionales que se adopten por los autos de ejecución de sentencia, como se va argumentando, por todas, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), en los siguientes términos:

QUINTO.— Según ha declarado el Tribunal Constitucional (STC núm. 99/1995, de 20 de junio), “en relación con las causas legalmente previstas para que se pueda admitir un recurso de casación contra Autos recaídos en ejecución de sentencia, la única finalidad que persiguen este tipo de recursos radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando, de este modo, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración. Se trata, por tanto, de medios de impugnación dirigidos exclusivamente a evidenciar las posibles irregularidades que hubieran podido cometerse en la actuación judicial por la que se dota de efectividad al título sometido a ejecución y, como tales, sujetos a motivos predeterminados de fundamentación que se diferencian claramente de aquellos otros que, con carácter general, fundamentan los recursos de suplicación o casación cuando los mismos persiguen

una finalidad distinta a la de la simple garantía de la integridad de la efectividad del título de ejecución”.

Por su parte, nuestra sentencia de 10 de julio 2014, ha señalado que “Antes de iniciar propiamente el estudio de los motivos concretos de casación relacionados con estas dos cuestiones, se hace preciso reparar también en la específica regulación de la casación de los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, a fin de deducir de ello las consecuencias procedentes. No todos los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, en efecto, son recurribles en casación, ni tampoco tienen acceso a ella cualesquiera de los motivos enunciados al amparo de las distintas letras del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional. Se trata de un recurso de casación realmente ‘sui generis’, porque, de acuerdo con el artículo 87.1 c), que es el precepto que se refiere específicamente al supuesto que nos ocupa, solo cabe la casación si tales autos entran en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia o se exceden de sus términos, o porque resuelven directa o indirectamente cuestiones no decididas por ella (Sentencia de 13 de diciembre de 2006 –RC 8935/2003– y de 19 de noviembre de 2008 –RC 2760/2005–). Así, pues, no procede en estos casos el enjuiciamiento de la actuación de la Sala de instancia, con carácter general, por los errores ‘in procedendo’ o ‘in iudicando’ en que aquella hubiera podido incurrir, como sucede en la generalidad de los recursos de casación, sino solo en la medida en que los autos recaídos en ejecución se aparten o estén en contradicción con el contenido del fallo de la sentencia. Por decirlo de otra forma, en supuestos como el que estamos examinando, no cabe con carácter general aducir un defecto en la motivación de la sentencia o una falta de congruencia, al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley jurisdiccional, para fundar un recurso de casación únicamente por la expresada circunstancia; como tampoco cabría impetrar solo una arbitraria e irracional valoración de la prueba o una vulneración de un determinado precepto legal (por ejemplo, el artículo 140 LRJAP –PAC) y acudir a la vía del artículo 88.1 d) de la Ley jurisdiccional, con el mismo propósito”.

8

Consideraciones previas al incidente del artículo 108.3 LJCA

En ese marco complejo de labores a desarrollar en la ejecución de sentencias firmes de derribo interesa ahora centrar el examen en la vía del artículo 108.3 LJCA, que procede relacionarlo en su concreta ubicación. Así, en el artículo 108 LJCA,

relativo al cumplimiento de las sentencias y medidas a adoptar, introducido con valor de ley ordinaria por las disposiciones finales 3.^a y 5.^a de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a resultas de una enmienda del Senado, que dispone:

Artículo 108.

1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

2. Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.

3. El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Ya de entrada no resulta ocioso indicar que su ubicación no se halla para los supuestos de suspensión o de imposible ejecución de sentencias del artículo 105 LJCA.

8.1 El Código Penal

La protección de los terceros de buena fe más allá de las disposiciones de la Ley Hipotecaria, sobre la que a continuación volveremos, ya iba teniendo una consideración especial en sede de demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada en las disposiciones del Código Penal –Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre–, siendo de destacar las disposiciones siguientes:

TÍTULO XVI. De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

CAPÍTULO PRIMERO. De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

ARTÍCULO 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquellas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33”.

...

CAPÍTULO II. De los delitos sobre el patrimonio histórico.

ARTÍCULO 321.

Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

El régimen establecido destacaba por su falta de previsión en lo contencioso-administrativo.

8.2

La doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

Otro factor enlazado y precedente a la generación del artículo 108.3 LJCA seguramente ha ido siendo la doctrina establecida en lo contencioso-administrativo con ocasión del principio de subrogación real y con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que cabe resumir en los dictados de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 3 de noviembre de 2015 (ponente: Suay Rincón, José Juan) y de 14 de julio de 2016 (ponente: Tolosa Tribiño, César), y las que en ellas se citan, en los siguientes términos:

DÉCIMO.– En lo que se refiere a la alegada condición de la recurrente como tercera de buena fe y los posibles efectos que tal condición pudiera tener en orden a la demolición de lo ilegalmente construido, la Sentencia de esta Sala de de 12 de mayo de 2006 señaló que: “los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los con-

ducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque este protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976”.

En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 26 de septiembre de 2006, cuando razona que: “El que los propietarios, que forman parte de la Comunidad recurrente, tengan la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística, pues la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado.

(...) frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no solo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquel hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a estos”.

8.3

Las iniciativas de las comunidades autónomas para terceros de buena fe

También interesa dejar constancia de las infructuosas iniciativas de las comunidades autónomas, que, si bien trataban de mostrar esfuerzos sobre los derechos de terceros de buena fe, se dirigían también a incidir sobre la ejecución de sentencias censurada por el Tribunal Constitucional.

a) Así en la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril (ponente: Pérez de los Cobos, Francisco), en relación con la Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística, cuyo artículo 2 introdujo la disposición adicional sexta, del siguiente tenor:

Disposición Adicional Sexta. Tramitación de los expedientes en materia responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística

1. *En los términos de la legislación estatal, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Cantabria de toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en materia urbanística.*

2. *En el supuesto de concurrencia de varias Administraciones Públicas en la producción del daño, se articularán mecanismos de coordinación a fin de procurar que por acuerdo entre las mismas se fije la cuantía y modalidades de la indemnización, así como el porcentaje de responsabilidad de cada una atendiendo al grado de participación en la actuación de la que se derive el daño.*

3. *A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, la Administración que tramite un expediente de responsabilidad patrimonial, tan pronto advierta que en la producción del daño pudiera estar implicada otra Administración, deberá comunicárselo a esta, poniéndole el expediente de manifiesto con exposición razonada de los motivos en que se pudiera amparar su eventual responsabilidad. Esta decisión se comunicará igualmente a los interesados y podrá determinar la suspensión del plazo para resolver de conformidad con lo establecido en el art. 42.5.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

4. Cuando la lesión se produzca como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, se deberá iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una resolución judicial o administrativa, firme y definitiva, que establezca la obligación de derribar.

Se podrá establecer la cuantía aun antes de la efectiva demolición de los inmuebles, aunque en este caso la efectividad de la indemnización quedará condicionada a la puesta a disposición del inmueble a favor de la Administración obligada a materializar el derribo.

El procedimiento para determinar la responsabilidad y su cuantía deberá finalizar y, en su caso, establecer el importe a indemnizar en el plazo de seis meses desde su inicio, en la forma que determina la normativa sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el plazo de tres meses desde la finalización del procedimiento de determinación de la responsabilidad y de su cuantía, la Administración deberá poner a disposición del perjudicado la cantidad establecida.

Solo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado.

En todo caso, el Gobierno de Cantabria adoptará todas las medidas precisas para impedir que, como consecuencia de una sentencia que ordene la demolición de una vivienda que constituya el domicilio habitual de un propietario de buena fe, se produzcan situaciones de desamparo, procurando los medios materiales para su realojo provisional inmediato y su traslado.

Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril, que merece transcribirse en los siguientes particulares:

CUARTO.– Centrada la cuestión a resolver en la pretendida vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre legislación procesal (art. 149.1 6 CE) por el párrafo 5º del apartado cuarto de la disposición adicional sexta cuestionada por el TSJ de Cantabria, bueno será recordar la doctrina constitucional sobre el reparto competencial en esta materia, últimamente recogida en la STC 21/2012, de 16 de febrero. En ella, sirviéndonos de la STC 47/2004, de 25 de marzo, la resumíamos en los siguientes términos: –“en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de

junio, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16 c)]; en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión –necesarias especialidades– del citado precepto constitucional, tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4; 127/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas –necesarias especialidades– (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5)” [STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4; doctrina reiterada en las SSTC 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 6, y 135/2006, de 27 de abril, FJ 2 e)].

Igualmente, la referida Sentencia 47/2004, en su fundamento jurídico 5, aporta las premisas en que ha de descansar el entendimiento de la salvedad competencial “necesarias especialidades”, señalando que la primera operación jurídica ha de ser la de determinar cuál es en este caso el Derecho sustantivo autonómico, “pues solamente a las particularidades que presente tal Derecho se les reconoce por el constituyente capacidad para justificar, en su caso, una normación autonómica específica en el orden procesal. El segundo estadio de nuestro análisis consistirá en señalar respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predicen las eventuales especialidades de orden procesal

incorporadas por el legislador... Finalmente, habremos de indagar si entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo ... y las singularidades procesales incorporadas por el legislador ... en la Ley impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales, es decir, que las legitime como –necesarias– en los términos de la cláusula competencial del art. 149.1.6 CE, teniendo presente que la necesidad a que esta se refiere no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que este reconoce en favor de las Comunidades Autónomas”–.

QUINTO.– En el presente supuesto tanto el Parlamento como el Gobierno de Cantabria consideran que la constitucionalidad de la norma impugnada no deriva de que introduzca una especialidad material que justifique un régimen procesal singular, sino que sostienen que el legislador autonómico no ha hecho sino ordenar el procedimiento a seguir cuando en ejecución de sentencias firmes o actos administrativos ha de demolerse una edificación, insertando en dicho procedimiento los trámites para la determinación de la responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística y su satisfacción. Se trataría por tanto de una norma que tendría cobertura constitucional en sus competencias en materia de organización administrativa, urbanismo, vivienda y asistencia y bienestar social, dejando intactas las potestades de ejecución del órgano judicial y, consecuentemente, sin constituir especialidad procesal alguna. Del mismo parecer, en cuanto a que en la disposición impugnada no se introduce especialidad material alguna, son el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. El primero recuerda que el supuesto generador de la responsabilidad se encuentra ya recogido en los arts. 142 LRJ-PAC, 35.d) TRLS y 44.2 LRSV; y el Ministerio Fiscal pone de relieve que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1º de la disposición adicional sexta, la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos se reconoce “en los términos de la legislación estatal”.

La respuesta que hemos de dar a la argumentación vertida para justificar la competencia autonómica para dictar la norma en cuestión ha de partir necesariamente de la constatación de que tal norma incide en la ejecución de las sentencias que lleven aparejado el derribo de edificaciones condicionando la materialización del derribo acordado a que se tramite y resuelva el procedimiento de responsabilidad patrimonial, así como, en su caso, a que se pague la indemnización que se pudiera acordar en él. Muestra de ello es la solicitud de suspensión que ha for-

mulado la Administración demandada en el proceso a quo y para cuya resolución se considera determinante la constitucionalidad de la norma que establece tal condicionamiento. Pues bien, la tesis sostenida por la Comunidad Autónoma parte de una concepción de las potestades que se encuentran en juego en la ejecución de las sentencias judiciales que no se ajusta al modelo constitucional tal como ha sido interpretado por nuestra doctrina, pues viene a identificar la ejecución de las sentencias como una función o potestad exclusivamente administrativa, desconociendo el sistema que se deriva de los arts. 117.3 y 118 CE, cuyo desarrollo normativo se encuentra, en lo que al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción que ahora interesa, en los arts. 103 y ss. de la Ley 28/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y sobre el que este Tribunal ya se ha pronunciado en alguna ocasión por referencia al enfoque constitucional con el que había de ser interpretada la precedente Ley reguladora de esa jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956.

Así, en la temprana STC 67/1984, de 7 de junio, con ocasión de enjuiciar una denuncia de vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en el seno de una ejecución de Sentencia dictada en materia urbanística, tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre la naturaleza de la actividad desenvuelta por la Administración al ejecutar una Sentencia del orden contencioso-administrativo. Afirmamos entonces en el FJ 3 que una interpretación constitucionalmente conforme de la legalidad preconstitucional entonces vigente (LJCA de 1956) permite afirmar que:

“A) Es obligado para la Administración que hubiera dictado el acto o disposición objeto del recurso, la ejecución de la Sentencia recaída (art. 118 de la Constitución).

B) la ejecución de la Sentencia corresponde, en principio, al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (art. 103 de la L.J.C.A.), debiendo interpretarse esta competencia no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias y resoluciones firmes –que constituye en cada caso una obligación para la Administración–, y de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en sus resoluciones firmes dictadas en ejecución de Sentencias (art. 118 de la Constitución)”. Señalando más adelante en esta resolución que, cuando la Sentencia se incumpla por la Administración, el órgano judicial deberá adoptar las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado, precisamente porque “desde la perspectiva constitucional que ahora

interesa debe señalarse que corresponde exclusivamente al mismo [al órgano judicial] hacer “ejecutar lo juzgado— de acuerdo con las Leyes (art. 117.3 de la Constitución) y requerir las colaboraciones que estime precisas (art. 118 de la misma)”.

La misma concepción jurisdiccional de la actividad desarrollada en la ejecución de sentencias condujo a desestimar la aducida vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio en la STC 160/1991, de 18 de julio. Rechazamos entonces que la demolición de ciertas edificaciones llevada a cabo por la Administración tras la desestimación de un recurso contencioso-administrativo sobre expropiación de viviendas para la construcción de un embalse, precisase autorización judicial específica. A tal efecto afirmábamos que “no estamos, por tanto, ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizaron a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas conforme a Derecho. Se trata, pues, de ejecución de Sentencias —y no de actos administrativos—, que en principio corresponde al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso (art. 103 L.J.C.A.), debiendo interpretar esta competencia, tal y como hemos declarado, no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la Sentencia (STC 67/1984).”

Y lo mismo cabe apreciar en la STC 92/1989, de 27 de abril, en la cual justificamos la anulación de ciertas resoluciones administrativas no expresamente impugnadas porque se insertaban en el acto de ejecución de Sentencia objeto directo del recurso de amparo, “siendo aplicable al caso la doctrina de las SSTC 67/1984 y 160/1991, según la cual debe interpretarse esta competencia (de ejecución de sentencias) —no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la Sentencia—”. De lo anterior se deduce que en el sistema constitucional que deriva de los arts. 117.3 y 118 CE, corresponde a los Juzgados y Tribunales, con carácter exclusivo, la función de ejecutar lo juzgado “en todo tipo de procesos”, esto es, también en los procesos contencioso-administrativos, rompiéndose así con situaciones precedentes en las que la Administración retenía la potestad de ejecución. De este modo, mientras que, cuando de la ejecución de un acto administrativo se trata, la Administración ejercita potestades propias de autotutela administrativa que le permiten llevar a efecto sus propias determinaciones, cuando se encuentra dando cumplimiento a una resolución judicial, su actuación se justifica en la obligación de cumplir las

sentencias y demás resoluciones judiciales –art. 118 CE–, así como en el auxilio, debido y jurídicamente ordenado, a los órganos judiciales para el ejercicio de su potestad exclusiva de hacer ejecutar lo juzgado –art. 117.3 CE–.

SEXO.– La conclusión de lo anteriormente expuesto es que la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la Sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago. Tal regulación, como acabamos de ver, no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el art. 149.1 6 CE, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concorra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional. Qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso. Pero lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado.

SÉPTIMO.– Resta por precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad que hemos apreciado. Ya hemos señalado que nuestro enjuiciamiento se reduce, en razón del juicio de aplicabilidad de la norma cuestionada, al párrafo quinto del apartado 4, así como al apartado 5 de la disposición adicional sexta. Ahora bien, el condicionante de las demoliciones que en este precepto se establece, es aplicable tanto a las

que han sido acordadas en un procedimiento administrativo como a las que han de materializarse en ejecución de una resolución judicial, siendo este último el caso al que se ciñe la tacha de inconstitucionalidad que apreciamos y sobre el que únicamente nos pronunciamos atendida la conexión con el proceso a quo que es propia de la cuestión de constitucionalidad. De ahí que la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del apartado 4 se limite a los supuestos de ejecución de resoluciones judiciales. Por lo que se refiere al apartado 5º de la disposición adicional cuestionada, es claro que el precepto resulta inocuo una vez declarada la inconstitucionalidad del apartado 4 en su párrafo quinto, pues en nada condiciona las potestades jurisdiccionales de ejecución de sus propias resoluciones el hecho de que la norma cuestionada obligue a la Administración a poner en conocimiento de los órganos judiciales la existencia y tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial que encuentre origen en la actividad administrativa enjuiciada en el proceso que se encuentra en fase de ejecución.

Ahora bien, no es menos cierto que la obligación de comunicación al órgano judicial de la que ahora tratamos solo tiene el sentido de garantizar el efecto paralizador de la ejecución que se desprende del apartado 4º en el aspecto que hemos apreciado inconstitucional, y, de otro lado, su supresión ni distorsiona las determinaciones del precepto legal que son constitucionalmente conformes, ni impide que los órganos administrativos pongan en conocimiento de los órganos judiciales la existencia de un procedimiento de responsabilidad patrimonial en trámite para su toma en consideración en la ejecución de sentencia en los términos a que hemos hecho referencia en esta resolución. En consecuencia, la inconstitucionalidad del apartado 4º, apartado quinto, lleva consigo la del apartado 5º atendida su relación de dependencia y la mayor claridad de la norma resultante del control de constitucionalidad que a este Tribunal incumbe.

FALLO

PRIMERO.— Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes apartados de la disposición adicional sexta de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, introducida por el art. 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril:

- a) Del párrafo quinto del apartado 4º, tan solo en cuanto se refiere a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales.*
- b) Del apartado 5º en su totalidad.*

SEGUNDO.— *Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás. Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.*

b) Así también la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional 82/2014, de 28 de mayo (ponente: Valdés Dal-Re, Fernando), en relación con la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia, en cuanto se disponía:

Disposición Adicional Sexta. Derecho a la vivienda y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos.

1. Los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado tienen derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización a que, en su caso, tengan derecho.

En estos supuestos será aplicable lo dispuesto en la legislación urbanística para las actuaciones de reposición de la legalidad urbanística en los casos de obras rematadas sin licencia y lo previsto en el presente artículo para garantizar la necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición.

2. A estos efectos, el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, por no ser las obras legalizables por su incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

3. En todo caso, durante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, el inmueble se considerará incurso en la situación de fuera de ordenación y sujeto al régimen previsto en el art. 103 de la Ley 9/2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

4. Todos los legitimados en el procedimiento de reposición de la legalidad urbanística, incluidas las administraciones que, en su caso, hubiesen solicitado la anulación, se considerarán igualmente legitimados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

5. En ningún caso corresponderá la indemnización si existe dolo, culpa o negligencia grave imputable al perjudicado.

En los casos de concurrencia de negligencia no grave del titular de la vivienda podrá reducirse el importe de la indemnización en la proporción correspondiente a su grado.

La indemnización que, en su caso, se determine podrá incluir los daños y perjuicios derivados de la demolición, pero su pago quedará condicionado al abandono de la vivienda y a su puesta a disposición de la administración obligada a materializar aquella.

6. Cuando la propuesta de resolución o la propuesta de terminación convencional del procedimiento estimen la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y para el pago fuese necesaria una modificación presupuestaria, deberá solicitarse del órgano competente para su aprobación dentro del plazo de resolución del procedimiento.

7. Si la resolución del procedimiento determina la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración concedente del título y el derecho a una indemnización a la persona titular de la vivienda, la Administración deberá proceder a ejecutar la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar. Será requisito necesario el previo pago o consignación a disposición de la persona titular de la vivienda de la indemnización, y tendrá derecho, mientras tanto, a residir en ella.

8. Si la resolución del procedimiento determina la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración concedente del título, se procederá a la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar, de conformidad con lo dispuesto en la legislación del suelo.

9. La Comunidad Autónoma, igualmente, podrá incluir como una situación excepcional en el régimen de acceso a una vivienda protegida, en consonancia con lo establecido en el art. 64 de la presente ley, a las personas titulares de viviendas construidas al amparo de un título anulado y siempre que aquella constituyese su vivienda habitual.

Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2014, de 28 de mayo, que razonó en la parte suficiente lo siguiente:

TERCERO.– El apartado 1 de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012 de Galicia reconoce a los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado el derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la Administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización que pudiera corresponderles. A estos efectos, el apartado 2 dispone que el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Como puede apreciarse, y ciñéndonos a lo que directamente afecta al proceso a quo, la disposición cuestionada marca así tres hitos indisolublemente unidos:

(i) La sentencia firme que conlleve la demolición del inmueble determina la necesaria apertura del (ii) procedimiento de responsabilidad patrimonial, del que a su vez surge el (iii) derecho a residir en el inmueble. El apartado 1 fija asimismo la duración de este derecho de residencia, condicionado a la resolución del referido procedimiento administrativo. El resto de la disposición concreta que tal derecho se extingue, bien con el pago o consignación de la indemnización (apartado 7), bien con la declaración de inexistencia de responsabilidad patrimonial (apartado 8). Como señala el Auto de planteamiento y alegan tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado, para la resolución de este proceso resulta plenamente aplicable la STC 92/2013, pues también ahora estamos ante una norma que “incide en la ejecución de las sentencias que lleven aparejado el derribo de edificaciones condicionando la materialización del derribo acordado a que se tramite y resuelva el procedimiento de responsabilidad patrimonial, así como, en su caso, a que se pague la indemnización que se pudiera acordar en él” (FJ 5).

Por tanto, procede remitirse íntegramente a lo allí razonado para concluir que la disposición adicional sexta de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2012, aquí cuestionada, también “incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago. Tal regulación, como acabamos de ver, no tiene cobertura competencial en los títulos aducidos por los órganos de la Comunidad Autónoma, de modo que se invade la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal prevista en el art. 149.1 6 CE, sin que, tal como admiten todos los que han intervenido en este proceso constitucional, concorra especialidad alguna en el derecho sustantivo autonómico que lo justifique en términos constitucionalmente admisibles conforme al indicado precepto constitucional” (FJ 6).

Contrariamente a lo alegado por las representaciones procesales de la Xunta y el Parlamento de Galicia, esta conclusión no se ve enervada por la diferente articulación técnica que presentan las disposiciones cántabra, enjuiciada en la STC 92/2013, y gallega, objeto de este proceso. Como ya hemos señalado, la disposición aquí cuestionada reconoce un

derecho a residir en el inmueble mientras se sustancia un procedimiento de responsabilidad patrimonial, derecho cuya efectividad, evidentemente, es rigurosamente incompatible, en su perspectiva material, con la consecución de la demolición ordenada por orden judicial. Por ello, tiene el mismo efecto paralizador de la ejecución de sentencias cuya inconstitucionalidad ya quedó determinada en la STC 92/2013.

Ciertamente, en la misma sentencia añadimos entonces, y corroboramos ahora, una consideración adicional que por su indudable relevancia conviene asimismo reproducir: “Qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso. Pero lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, máxime cuando el precepto legal no condiciona la efectividad de la demolición judicialmente acordada al transcurso de los plazos para resolver el expediente de responsabilidad patrimonial, sino a su efectiva resolución y al pago de la indemnización acordada, de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado” (FJ 6).

CUARTO.– Atendida la conexión con el proceso a quo, la interferencia constitucionalmente ilegítima que produce la disposición cuestionada se refiere únicamente a la demolición de viviendas acordada en la fase de ejecución de sentencia.

Por este motivo, la declaración de inconstitucionalidad se ciñe al inciso “o sentencia” del apartado 2 de la disposición adicional sexta de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2012. Una vez depurada de este inciso, la disposición regula únicamente el procedimiento a seguir cuando la anulación del título que conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido se produzca mediante acto administrativo firme, en el que no se ven comprometidos ni el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) ni la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE.

FALLO

PRIMERO.– Estimar parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6037-2013 y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y

nulidad del inciso “o sentencia” del apartado 2 de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia.

SEGUNDO.– Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

c) La Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional 149/2014, de 22 de septiembre (ponente: Asúa Batarrita, Adela), en relación con la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia, ya relacionada anteriormente, en cuanto se disponía:

CUARTO.– Quedando, por tanto, centrado nuestro examen en el párrafo primero del apartado 1 de la disposición adicional sexta, se hace preciso recordar que la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial ha sido resuelta por la reciente STC 82/2014, de 28 de mayo, en la que, analizando la constitucionalidad de los apartados 1 y 2, hemos declarado inconstitucional y nulo el inciso “o sentencia” del apartado 2 de dicha disposición, en aplicación de la doctrina establecida en la previa STC 92/2013, de 22 de abril, por considerar que resultaba incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal ex artículo 149.1.6 CE que el legislador autonómico estableciera una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las Sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones, condicionándolas a la efectiva resolución del expediente de responsabilidad patrimonial, y al pago de la indemnización acordada, de manera que la ejecución de la Sentencia escapaba del control del órgano judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el artículo 117.3 CE que se consideraba igualmente vulnerado.

Bien es cierto que, formalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de A Coruña no ha dirigido sus dudas de constitucionalidad contra el referido apartado 2, pero, como con acierto ha señalado el Fiscal General del Estado, materialmente sí incluye el contenido de dicho apartado en el Auto de planteamiento, pues basta acudir al fundamento jurídico 2 del mismo para constatar que, a la hora de justificar la inconstitucionalidad de la medida legal, reproduce no solo el párrafo primero del apartado 1, sino también el apartado 2, cuya consideración conjunta conduce al órgano jurisdiccional a fundamentar la posible inconstitucionalidad de la norma legal. Y es que el apartado 1, aisladamente considerado, resultaría inocuo, ya que lo que cualifica a la regla contenida en el mismo como susceptible de producir la vulneración apreciada en la STC 82/2014 es precisamente el inciso del apartado 2 –ya declarado inconstitucional–, que la conecta con la decisión judicial para determinar que resulte condicionada su ejecución por la apertura

del procedimiento de responsabilidad patrimonial, con el consiguiente derecho de los titulares de la vivienda a continuar residiendo en el inmueble hasta tanto concluya dicho procedimiento. Por consiguiente, es la apreciación unida de ambos apartados la que permite apreciar la inconstitucionalidad, que queda resuelta, no obstante, como ya queda dicho, con la sola depuración del reseñado inciso del apartado 2 que, una vez producida, determina que la disposición tan solo regule “el procedimiento a seguir cuando la anulación del título que conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido se produzca mediante acto administrativo firme, en el que no se ven comprometidos ni el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) ni la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal ex artículo 149.1.6 CE” (STC 82/2014, FJ 4).

Consecuentemente, la norma cuestionada por el órgano judicial en este proceso constitucional ya quedó expulsada del ordenamiento, una vez anulada por inconstitucional. Ello impone apreciar, conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, SSTC 86/2012, de 18 de abril, FJ 2; y 147/2012, de 5 de julio, FJ 3; AATC 119/2013, de 20 de mayo, FJ único; y 140/2013, de 3 de junio, FJ único), la desaparición sobrevinida del objeto de la presente cuestión en relación con los indicados apartados 1 y 2.

FALLO

PRIMERO.— Declarar la pérdida de objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 1, párrafo primero, y 2, de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia.

SEGUNDO.— Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

d) La Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre (ponente: Xiol Rios, Juan Antonio), en relación con el artículo 65.1 bis.1 de la Ley 2/2001 de Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, introducido por la Ley 4/2013, de 20 de junio, relativa al régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento, en cuanto se disponía:

ARTÍCULO 1.

Se crea un nuevo art. 65 bis en la Ley de Cantabria 2/2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, con la siguiente redacción:

ARTÍCULO 65.BIS. AUTORIZACIÓN PROVISIONAL DE EDIFICACIONES O ACTUACIONES PREEXISTENTES

- 1. Iniciado el procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento, y para impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o a los propietarios de edificaciones o actuaciones que, habiendo sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando, el órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan podrá otorgar, de oficio o a instancia de los interesados, autorizaciones provisionales que afecten a dichas edificaciones o actuaciones preexistentes, previa comprobación de que resultan conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación. Si el procedimiento se inicia a solicitud del interesado, transcurrido el plazo de tres meses sin haberse notificado resolución alguna podrá entender desestimada su petición.*
- 2. Las autorizaciones provisionales supondrán que, durante el tiempo en el que desplieguen efectos, esas edificaciones o actuaciones se mantendrán en la situación en que se encuentren y les será de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación.*
- 3. El otorgamiento de las autorizaciones se publicará en el Boletín Oficial de Cantabria y se notificará personalmente a los que pudieran resultar afectados.*
- 4. Los efectos de las autorizaciones provisionales se extinguirán en cualquiera de los siguientes supuestos:*
 - a) Cuando las edificaciones o construcciones preexistentes obtengan una nueva licencia de obra. Al no tratarse de obras de nueva construcción, y siempre que las edificaciones preexistentes estuviesen concluidas, los requisitos relativos a las condiciones técnicas de la edificación que tendrán que cumplirse para obtener la nueva licencia de obra serán los exigidos por la legislación vigente en la fecha en la que fue concedida la licencia que permitió la efectiva construcción de las mismas.*
 - b) Cuando las autorizaciones provisionales resulten contrarias a lo aprobado posteriormente en la aprobación inicial, provisional o definitiva del instrumento de planeamiento. Esta circunstancia será puesta de manifiesto por la autoridad urbanística competente para llevar a cabo la aprobación correspondiente del instrumento de planeamiento, sin que en ningún caso el incumplimiento de esta obligación suponga la eficacia de las autorizaciones provisionales.*
 - c) Cuando transcurran cuatro años desde su otorgamiento.*
- 5. La tramitación de los procedimientos relativos al otorgamiento de las autorizaciones provisionales no devengará tributo alguno.*

Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre (ponente: Xiol Rios, Juan Antonio), en la que se estableció lo siguiente:

3. Rechazados los óbices procesales podemos entrar ya en el fondo del asunto comenzando por el análisis del problema competencial, esto es, de la posible vulneración de la competencia del Estado en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE.

El órgano judicial, la Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado consideran que el art. 65 bis.1 de la Ley 2/2001 en la medida en que prevé la posibilidad de otorgar autorizaciones provisionales que suspenden la ejecución de demoliciones ordenadas judicialmente constituye regulación procesal e invade las competencias estatales ex art. 149.1.6 CE vulnerando, además, el art. 105 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, el Letrado del Parlamento de Cantabria, el Gobierno de Cantabria y el Ayuntamiento de Escalante sostienen que el artículo 65 bis.1, aunque pueda efectivamente afectar a la ejecución de sentencias, no es una norma procesal, sino una norma sustantiva que se incardina en la materia urbanismo de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Cantabria (arts. 148.1.3 CE y 24.1 EACant) que, por tanto, ampara la regulación. A este título competencial añade el Letrado del Parlamento de Cantabria los de “organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de gobierno” (art. 24.1 EACant) y “procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia” (art. 25.32 EACant).

Para enmarcar adecuadamente la materia es preciso analizar el precepto impugnado en su contexto normativo y examinar su significado y alcance.

Como ya hemos visto, el precepto cuestionado, el art. 65 bis.1 de la Ley cántabra 2/2001 introducido por la Ley 4/2013, crea la figura de la autorización provisional de edificaciones o actuaciones preexistentes declaradas ilegales y sobre las que recaen órdenes administrativas o judiciales de demolición con la finalidad de que la Administración pueda legalizarlas cautelarmente cuando se haya iniciado un procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento y las edificaciones resulten conformes con esta nueva ordenación en tramitación.

Los apartados siguientes aclaran el régimen jurídico de estas autorizaciones provisionales y de las edificaciones y actuaciones amparadas por las mismas. Durante el tiempo en que las autorizaciones provisionales despliegan sus efectos, las edificaciones y actuaciones se mantienen en

la situación en la que se encuentren y quedan en régimen de fuera de ordenación. Las autorizaciones se extinguen cuando se obtiene nueva licencia de obra que legaliza de forma definitiva la situación; cuando resultan contrarias a lo aprobado posteriormente sea en fase de aprobación inicial, provisional o definitiva; y cuando transcurren cuatro años desde su otorgamiento.

El preámbulo de la Ley explica con claridad las razones que han llevado al legislador a crear esta figura de las autorizaciones provisionales de edificaciones ilegales preexistentes y los fines u objetivos a los que responde la regulación.

Se expone en el preámbulo que “en muchos casos se está tramitando la formación, modificación o revisión de planeamiento que contempla ordenaciones conforme a las cuales, edificaciones o actuaciones que habían sido declaradas ilegales previamente, podrían obtener nuevas licencias de obra una vez que dichos planeamientos entrasen en vigor”. Se afirma que “en estos supuestos, si se demoliera lo que resulta conforme con el planeamiento municipal en tramitación antes de su aprobación definitiva, se daría la paradoja de que se podría volver a construir lo que acababa de ser demolido, con lo que se causarían perjuicios irreparables a los propietarios de dichas construcciones y, en muchos casos, al interés público”. Por ello, con la autorización provisional se pretende atender, según se dice en el preámbulo, a aquellas situaciones en las que “la nueva ordenación propuesta conlleva la conformidad a derecho de las edificaciones, obras o actuaciones que no encontraban amparo en la planificación que se modifica”. Con esa finalidad, según se explica, la modificación normativa opta por “conferir una mayor eficacia a los planeamientos en tramitación, y a proporcionar medios para evitar actuaciones irreversibles sobre edificaciones y actuaciones que resultarían ajustadas a Derecho en el nuevo planeamiento”.

Nos encontramos, por tanto, con una regulación que crea una figura nueva, una autorización que permite legalizar las construcciones ilegales preexistentes y sobre las que penden –en lo que ahora interesa– órdenes judiciales de demolición, de tal forma que se impide su ejecución y se garantiza su continuidad aunque sea en situación de fuera de ordenación. En la medida en que el precepto se refiere a las órdenes de demolición judiciales, es evidente que la introducción de la autorización provisional que prevé el artículo 65 bis.1 introduce una causa de suspensión de la ejecución que se impone al órgano judicial.

Es cierto que la suspensión de la demolición no se produce ex lege, puesto que es preciso el inicio de la tramitación de un nuevo planeamiento

y el otorgamiento de la autorización provisional, pero no lo es menos que es la ley la que atribuye a la autorización provisional su efecto de impedir la ejecución de la Sentencia. En efecto, la regulación tiene la virtualidad de sustraer al órgano judicial su competencia para apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia (art. 105.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), esto es, para decidir sobre si el mero inicio de la tramitación de un plan de ordenación urbana constituye causa suficiente para el aplazamiento de la demolición y si, en consecuencia, procede o no la suspensión de la ejecución. Decisión que, además, el órgano judicial debería adoptar teniendo en cuenta que este Tribunal, en su Sentencia 22/2009, de 26 de enero, ya aclaró que “la decisión judicial de suspender una demolición acordada en sentencia firme sobre la base de una mera futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos” (STC 22/2009, de 26 de enero, FJ 3). Y ello porque “no puede aceptarse que sin haberse alterado los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta ante la Sala sentenciadora, se pretenda privar de efectos al pronunciamiento judicial entonces emitido resultando solo posible cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas” y “no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”.

El efecto suspensivo que el artículo 65 bis.1 atribuye a la autorización provisional implica que el legislador autonómico impone su propia valoración del impacto de la expectativa de cambio de ordenación urbana sobre la demolición ordenada en sentencia firme –valoración que, además, como acaba de exponerse, resulta contraria al art. 24.1 CE–, perdiendo, por tanto, el órgano judicial el control de la ejecución de su resolución. En consecuencia, es indudable que la regulación autonómica crea una causa de suspensión que los órganos judiciales, al estar prevista en norma con rango de ley, no pueden eludir y que merma la competencia que para la ejecución de las sentencias les corresponde.

En definitiva, nos encontramos con una norma de contenido procesal, por lo que hay que atender a la distribución de competencias establecida en el art. 149.1.6 CE conforme a la cual la legislación procesal

es competencia exclusiva del Estado, si bien las Comunidades Autónomas pueden establecer las especialidades procesales necesarias que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Una competencia que, no obstante, tal y como ha señalado la Fiscal General del Estado, no ha sido asumida por la Comunidad Autónoma de Cantabria en su Estatuto de Autonomía, por lo que carece de ella.

Pues bien, el precepto cuestionado regula, como se ha explicado más arriba, la ejecución de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo creando una causa de suspensión específica en relación con las sentencias que ordenan la demolición de edificios ilegales, procediendo, por tanto, la aplicación de la doctrina que hemos establecido recientemente en nuestras Sentencias 92/2013, de 22 de abril; 82/2014, de 28 de mayo, y 149/2014, de 22 de septiembre, de acuerdo con la cual resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que impliquen el derribo de las edificaciones, determinando que la ejecución de la Sentencia –como es aquí el caso por lo anteriormente expuesto– termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede declarar la inconstitucionalidad del inciso “o judiciales” del art. 65 bis.1 de la Ley cántabra 2/2001.

FALLO

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y declarar inconstitucional y nulo el inciso “o judiciales” del art. 65 bis.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y de régimen urbanístico del suelo de Cantabria.

9

El reflejo de la doctrina del Tribunal Constitucional en el Tribunal Supremo

A resultas de la doctrina del Tribunal Constitucional ya señalada, el Tribunal Supremo va sacando premisas y conclusiones de interés que se van concretando en los siguientes pronunciamientos jurisdiccionales:

a) En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018

(ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), del siguiente modo:

DÉCIMO: La naturaleza procesal de esta norma viene avalada, por lo demás, por la doctrina del Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la Ley 2/2011, de 4 de abril, de Cantabria, que introdujo la disposición adicional sexta en la Ley 2/2001 relativa a los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística, en la STC 92/2013, de 22 de abril. En tal supuesto, cuya similitud con la regulación ahora controvertida resulta evidente, la respuesta del Tribunal Constitucional fue clara y concisa, acerca de su naturaleza procesal, al llegar a la conclusión de que la norma cuestionada incide en la regulación de la ejecución de sentencias mediante la introducción de un trámite (el de determinación de la eventual responsabilidad patrimonial en que pudiera haber incurrido la Administración urbanística) ajeno a la propia ejecución de la sentencia con el efecto de paralizarla mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago.

b) En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de la siguiente manera:

En consecuencia y ya desde este planteamiento, la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que el pronunciamiento al respecto en incidente de ejecución de sentencia supondría, como señala el Tribunal Constitucional, resolver sobre cuestiones no abordadas ni decididas en el proceso, Tribunal que en sus sentencias 92/2013, de 22 de abril y 82/2014, de 28 de mayo, relativas a la inconstitucionalidad de la Ley 2/2011 de Cantabria y 8/2012 de Galicia que regulan esta materia, declara que la determinación de la eventual responsabilidad en que pudiera haber incurrido la Administración ur-

banística, supone introducir un trámite ajeno a la propia ejecución de la sentencia.

c) En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de la siguiente forma:

No puede acogerse por lo tanto el planteamiento de la recurrente, que sostiene la necesidad de que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de la sentencia o como incidente del mismo, se efectúe una declaración sobre el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, fijando su cuantía y la entidad responsable, planteamiento que sin duda obedece a la regulación que al respecto se plasmó en la disposición adicional sexta de la Ley de Cantabria 2/2001, redacción dada por la Ley 2/2011 y que ha sido declarada inconstitucional en sentencia 92/2013, de 22 de abril, en su párrafo quinto del apartado 4, respecto a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales, y el apartado 5 en su totalidad.

La parte recurrente da cuenta de la diferencia entre lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013, respecto de la legislación autonómica, y el contenido del artículo 108.3 de la LRJCA, en cuanto este no condiciona directamente al órgano judicial a tener que supervisar la ejecución de la demolición acordada a una previa actuación administrativa con efecto suspensivo, sino que dicho precepto introduce “ex novo” un trámite en el propio procedimiento de ejecución de sentencias, trámite que ha de llevar a cabo el propio órgano jurisdiccional y, por lo tanto, no desapodera al mismo de la potestad de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, planteamiento que puede compartirse. Sin embargo, cuando se trata de determinar el alcance de dicho trámite, la parte no tiene en cuenta la notable diferencia entre la regulación de la Ley de Cantabria y el artículo 108.3, pues en aquella se establece que solo podrá procederse a la demolición “cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de la indemnización y se haya puesto este a disposición del perjudicado”, previsión que ha sido declarada inconstitucional y que poco tiene que ver con la exigencia de garantías a que se refiere el artículo 108.3. Nótese que la Ley de Cantabria no solo remite a la determinación de la responsabilidad patrimonial sino incluso al pago de la cantidad reconocida, pues no de otra forma ha de

considerarse la puesta a disposición del perjudicado del importe de la indemnización.

d) Y en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en las que se argumentó lo siguiente:

Es importante recordar distintas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional frente a innovaciones legislativas, bien que de ámbito autonómico, dictadas con la misma confesada finalidad que el precepto que estamos analizando. Las sentencias del Tribunal Constitucional 92/2013, de 22 de abril, de la STC 82/2014, de 28 de mayo, de la STC 149/2014, de 22 de septiembre, y, en fin, de la STC 254/2015, de 30 de noviembre. Los tres primeros pronunciamientos tuvieron por objeto la constitucionalidad de preceptos en los que la ejecución de la sentencia de demolición se condicionaba a la previa resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración al objeto precisamente de determinar la indemnización que pudiera corresponder a los adquirentes de buena fe afectados por la orden de demolición y, en su caso, al pago efectivo de la indemnización acordada. En cuanto a la STC 254/2015, de 30 de noviembre, resuelve la cuestión inconstitucionalidad planteada contra el art. 65.1 bis.1 de la Ley 2/2001 de Ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, introducido por la Ley 4/2013, de 20 de junio, a cuyo tenor la Administración podía otorgar una licencia urbanística provisional a aquellas edificaciones o actuaciones declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, siempre que estas pudiesen llegar a ser acordes a un nuevo planeamiento urbanístico en tramitación, en cuyo caso no podía llevarse a efecto la precitada orden de demolición.

Pese a que dichas sentencias no abordan en su plenitud el problema desde la perspectiva de la ejecución de sentencias, quedándose esencialmente en la falta de competencias autonómicas en materia de legislación procesal, no es menos cierto que el tribunal desliza algunas afirmaciones de sumo interés para la resolución de este asunto.

En primer lugar, las referidas sentencias insisten en que los únicos supuestos en que es legítimo que el fallo no sea ejecutado en sus propios términos son aquellos en que dicha ejecución in natura resulte imposible en los términos del art. 105.2 LJCA, correspondiendo en exclusiva a los

órganos judiciales examinar la concurrencia de los limitados supuestos que dicho precepto establece.

En segundo lugar la STC 92/2013, de 22 de abril, afirma en su F.J. 6 que “lo que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE– es que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias que han de ejecutarse mediante el derribo de edificaciones.... de suerte que la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 117.3 CE que resulta igualmente vulnerado.

10

La aplicación temporal del artículo 108.3 LJCA

A resultas de lo ya argumentado precedentemente por razón de la naturaleza procesal del artículo 108.3 LJCA según lo establecido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, a renglón seguido se añaden por este último las siguientes precisiones en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), desde la perspectiva de la LOPJ, al sentar:

DÉCIMO: Partiendo de esta doctrina general, debemos entrar a analizar la incidencia que la incorporación del art. 108.3 a nuestro ordenamiento jurídico puede tener en el presente proceso de ejecución.

Lo primero que debemos resolver es si este precepto es o no aplicable en el presente caso, desde la perspectiva de encontrarnos ante un supuesto de ejecución de una sentencia dictada con anterioridad a su entrada en vigor y que ha llevado, como ha quedado reflejado, un lento y proceloso proceso de ejecución.

En este sentido ha de señalarse que la Disposición final décima de la reforma de la LOPJ relativa a la entrada en vigor, dispone: “La presente Ley entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación”.

Siendo esto así, esto es, no existiendo norma específica de derecho transitorio, cabe preguntarse si el citado precepto (art. 108.3) resulta de aplicación a la ejecución de sentencias que se han dictado antes de la

vigencia de la modificación legal o, por el contrario, solo afectaría a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su entrada en vigor.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 2.3 del CC establece un principio general de irretroactividad al señalar que “las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”. Por tanto conforme al citado precepto, la irretroactividad es el principio general y la retroactividad la excepción; dicha retroactividad puede tener lugar tanto cuando la ley la disponga (retroactividad expresa), como cuando del sentido de la norma se desprenda que este fue el propósito del legislador, es decir, cuando por la vía de la interpretación pueda deducirse tal carácter retroactivo (retroactividad tácita).

Por su parte, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley.

Además, el Tribunal Constitucional, en las sentencias de 10 de abril de 1986 y 29 de noviembre de 1988, limita el alcance del principio de irretroactividad, señalando que “no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”, añadiendo en STC de 4 de febrero de 1983 que el “principio de la irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del Ordenamiento Jurídico”. Su sentencia de 16 de julio de 1987, establece que “la prohibición de la retroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas”.

NOVENO: Partiendo de esta doctrina general, la solución a dicha cuestión debe venir dada, a juicio de esta Sala, partiendo de la caracterización de dicho precepto como una regulación de naturaleza sustantiva o procesal.

En las normas materiales el momento decisivo para su aplicación es el de la realización o consumación del hecho, negocio, relación o situación jurídica productora de efectos jurídicos, mientras que la retroactividad de las leyes procesales ha sido analizada por este Tribunal en sentencia de 18 de abril de 1998, razonando que “Antiguamente se había dicho que eran retroactivas, pero la doctrina y la jurisprudencia modernas aceptan unánimemente que la ley procesal es irretroactiva y se aclara la confusión anterior al comprender que cuando se dicta una ley procesal no se aplica retroactivamente a procesos anteriores, sino a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, aunque los hechos materiales y jurídicos que han dado origen al proceso sean anteriores”.

En consecuencia, puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, por lo que resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución.

Y, asimismo, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en el mismo sentido desde la perspectiva de la LJCA, concluyendo igualmente en la aplicación del nuevo régimen a las sentencias anteriores a la vigencia del artículo 108.3 LJCA cuya ejecución no se ha consumado. Así, se sienta:

Por otra parte, la Disposición transitoria Cuarta de la LJCA, establece con carácter general y en lo relativo a la ejecución de sentencias que: “La ejecución de las sentencias firmes dictadas después de la entrada en vigor de esta Ley se llevará a cabo según lo dispuesto en ella. Las dictadas con anterioridad de las que no constare en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma”, de lo que se deduce que en los supuestos, como el presente, en el que la ejecución de la sentencia no se ha consumado, la regla general es la aplicación de la legislación vigente en el momento de realizarse la actividad ejecutiva para concluir lo ordenado en la sentencia, cualquiera que fuera la fecha en que se hubiese dictado, interpretación conforme con la doctrina constitucional que hemos dejado precedentemente expuesta.

Y de la misma manera en la fundamentación que se consigna en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), en el siguiente sentido:

QUINTO: Como hemos señalado en nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2017, “El primer problema que plantea la aplicación del nuevo precepto es de carácter temporal, esto es, se trata de discernir si resulta aplicable con carácter exclusivo a aquellas sentencias dictadas a partir de su entrada en vigor, lo que ha de reconocerse desactivaría el mecanismo en gran medida, o, si por el contrario, resulta igualmente de aplicación a las sentencias dictadas con anterioridad a tal momento, cuya ejecución se encuentra pendiente de consumación, esto es, aquellos supuestos, por lo demás excesivamente frecuentes, en los que la demolición no se ha materializado pese al transcurso del tiempo.

Para resolver la cuestión, ha de señalarse que la Disposición final décima de la Ley Orgánica 7/2015, de reforma de la LOPJ relativa a su entrada en vigor, dispone: ‘La presente Ley entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación’.

Visto el tenor literal de la citada disposición y no existiendo norma específica de derecho transitorio, cabe preguntarse si conforme a la doctrina general en materia de retroactividad de las normas, el citado precepto (art. 108.3) resulta de aplicación a la ejecución de sentencias que se han dictado antes de la vigencia de la modificación legal o, por el contrario, solo afectaría a las sentencias o incidentes de ejecución correspondientes a procesos contenciosos iniciados tras su entrada en vigor”.

Continúa la sentencia afirmando que “la solución a la cuestión de la aplicación temporal del art. 108.3, exigía concretar la caracterización de dicho precepto como una regulación de naturaleza sustantiva o procesal”, concluyendo que “puede afirmarse que nos encontramos ante una norma procesal, incluida en legislación procesal y además sobre incidente procesal de ejecución, por lo que resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución”.

11

La doctrina general del Tribunal Supremo sobre el artículo 108.3 LJCA. Naturaleza cautelar. No es suspensión ni inexecución de sentencia

La doctrina del Tribunal Supremo es categórica y sobradamente clara al sentarse que no nos hallamos ni ante un supuesto de suspensión ni de imposible ejecución de sentencia.

Así, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de septiembre de 2017 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), del siguiente modo:

DÉCIMOTERCERO: Con independencia de lo anterior, debemos señalar que el art. 108.3 ni reforma el art. 109, ni el 105, sino que introduce dentro de las medidas coercitivas o ejecutivas que puede adoptar el juez, en el seno de la ejecución forzosa (es decir, cuando el ejecutado no cumple voluntariamente, posibilidad que nadie excluye, incluida la prestación de garantías) de un fallo que impone una obligación de hacer, concretamente, cuando ese hacer es la demolición de inmuebles por declarar contraria a la normativa su construcción.

Es decir, el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que ha incorporado dicha medida dentro del art. 108 LJCA, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cues-

tionen, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

DECIMOCUARTO: A mayor abundamiento, debemos concluir que el supuesto contemplado en el art. 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el art. 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia.

Ha de insistirse en que la ejecución de la sentencia forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24. CE, por lo que la inexecución por su imposibilidad jurídica o material, art. 105 LJCA, hace necesario una motivación especialmente exigente.

Es cierto que la LJCA, art. 105.2, no define ni concreta en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia, habiendo sido este Tribunal, el que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de 2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011).

En definitiva, hemos reiterado que, mientras exista una sentencia firme no ejecutada, la imposibilidad de ejecución es una excepción que solo de manera rigurosa y plenamente acreditada se puede declarar, de manera que el órgano judicial debe determinar de manera detallada y rigurosa esa imposibilidad, y en último extremo, si fuera preciso, establecer la correspondiente indemnización (STS de 18 de septiembre de 2009).

En definitiva, como ya afirmara el Auto de este Tribunal de 16 julio 1991, la “imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos”.

Como ya hemos señalado, dos son los supuestos que justifican la inexecución o la suspensión de la ejecución de una sentencia. De una parte la imposibilidad legal, que supone un cambio en el régimen jurídico urbanístico aplicable al objeto de la sentencia, y motiva su inexecución, de otro la imposibilidad material que ha sido definida como “aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o se ha destruido”, o que “con-

curre si físicamente no resulta posible llevar la sentencia a efecto en sus términos estrictos”.

Basta con un mero examen literal de la previsión incorporada al art. 108.3 LJCA, para concluir que ninguno de tales supuestos se recoge o regula en tal precepto, dado que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

Añadiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan) lo siguiente:

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

De todo lo expuesto se deduce la configuración de un trámite integrado en el procedimiento de ejecución de la sentencia, que no supone un obstáculo a la ejecución sino la acomodación de la misma a las circunstancias propias de este tipo de procesos desde una doble perspectiva, atendiendo, por un lado, a la efectividad del derecho y los intereses reconocidos en la sentencia y, por otro, a la garantía de aquellos otros intereses económicos o indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, y que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las mismas, medidas de aseguramiento que, como sucede en la generalidad de los supuestos en que se establecen por la ley en previsión de posibles responsabilidades,

han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial competente para ello, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional.

A tal efecto no está de más añadir que, como ya indicamos en la citada sentencia de 21 de septiembre de 2017, el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística, que constituye el pronunciamiento judicial en respuesta a la tutela judicial demandada en el proceso, de manera que la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros ha de llevarse a cabo, por el órgano judicial, sin perder de vista ese interés preeminente y valorando, en consecuencia, la incidencia que puedan tener en la efectiva ejecución en tiempo y forma del derecho declarado en la sentencia.

Tampoco en este aspecto resulta justificada la interpretación defendida por la parte recurrente, que supondría, cuando menos, una demora considerable en la ejecución de la sentencia y, previsiblemente, convertir la garantía de los derechos de terceros en un importante y desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso, resultado que evidentemente está muy lejos y es contrario a la finalidad perseguida por el legislador al introducir el precepto examinado.

Insistiéndose en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente Fernández Valverde, Rafael):

DECIMOCUARTO: A mayor abundamiento, debemos concluir que el supuesto contemplado en el art. 108.3, no constituye ninguno de los dos supuestos regulados en el art. 105, esto es, no estamos ante imposibilidad ni material ni legal de ejecutar la sentencia.

Ha de insistirse en que la ejecución de la sentencia forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24. CE, por lo que la inejecución por su imposibilidad jurídica o material, art. 105 LJCA, hace necesario una motivación especialmente exigente.

Es cierto que la LJCA, art. 105.2, no define ni concreta en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia, habiendo sido este Tribunal, el que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad (SSTS 17 de noviembre de

2008, recurso casación 4285/2005, 14 de febrero de 2013, recurso casación 4311/2011).

En definitiva, hemos reiterado que, mientras exista una sentencia firme no ejecutada, la imposibilidad de ejecución es una excepción que solo de manera rigurosa y plenamente acreditada se puede declarar, de manera que el órgano judicial debe determinar de manera detallada y rigurosa esa imposibilidad, y en último extremo, si fuera preciso, establecer la correspondiente indemnización (STS de 18 de septiembre de 2009).

En definitiva, como ya afirmara el Auto de este Tribunal de 16 julio 1991, la “imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Después de la Constitución no cabe otra interpretación, por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma, el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos”.

Como ya hemos señalado, dos son los supuestos que justifican la inejecución o la suspensión de la ejecución de una sentencia. De una parte la imposibilidad legal, que supone un cambio en el régimen jurídico urbanístico aplicable al objeto de la sentencia, y motiva su inejecución, de otro la imposibilidad material que ha sido definida como “aquel impedimento de carácter físico que no permite ejecutar la sentencia porque el objeto de la misma ha desaparecido o se ha destruido”, o que “concorre si físicamente no resulta posible llevar la sentencia a efecto en sus términos estrictos”.

Basta con un mero examen literal de la previsión incorporada al art. 108.3 LJCA, para concluir que ninguno de tales supuestos se recoge o regula en tal precepto, dado que ni se ha producido un cambio en la normativa tenida en consideración para acordar la demolición de lo ilícitamente construido, ni tal demolición aparece como materialmente imposible.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

B) Ya bajo el nuevo régimen legal del recurso de casación, hemos comenzado también a concretar las exigencias que el artículo 108.3 LJCA impone para su cumplimiento, en nuestra Sentencia de 2018 (recaída en el RC 138/2017) y en la 476/2018, de la misma fecha (recaída en el RC 141/2017), que se pronuncia en el mismo sentido que la anterior. Reproducimos ahora, asimismo, lo esencial de lo que afirmamos entonces, en particular, tomando como referencia la primera de estas resoluciones, a tenor de la cuestión de interés casacional que se planteaba a la sazón en relación con el artículo 108.3 LJCA:

“TERCERO.– Planteado en estos términos el recurso de casación, procede, de conformidad con lo establecido en el art. 93.1 de la Ley jurisdiccional, iniciar su resolución, fijando la interpretación del art. 108.3 de la misma, en relación con la cuestión que, atendiendo al auto de admisión, se entiende de interés casacional objetivo, que consiste en determinar: ‘si la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que hace referencia el artículo 108.3 de la Ley Jurisdiccional como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio y requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de inejecución de sentencia con intervención de las partes implicadas, en el que habrá de determinarse la existencia de terceros de buena fe y su identidad, y durante cuya sustanciación no podría llevarse a efecto la demolición acordada por el Juez o Tribunal’.

A tal efecto y partiendo de la inclusión del precepto en el Capítulo IV del Título IV de la Ley jurisdiccional, que regula el procedimiento de ejecución de las sentencias, resulta conveniente tomar en consideración el contenido que, con carácter general, es propio de dicho procedimiento o fase de ejecución, para precisar después el que, en particular, puede presentar la ejecución de sentencias que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, determine la demolición de lo construido y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, lo que nos permitirá valorar el alcance de la previsión del art. 108.3 cuestionada por la parte, integrada en ese concreto procedimiento de ejecución.

La ejecución de las sentencias, como señala la exposición de motivos de la Ley procesal, por referencia a la jurisprudencia, entronca directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el derecho no

se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. En tal sentido el Tribunal Constitucional ha venido señalando (STC 119/1994) que 'el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 148/1989. 152/1990). Es decir, que se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la Sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o a la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones en las que condena... el obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se configura como un derecho de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 C.E. y que los propios Tribunales no pueden apartarse sin causa justificada de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse (entre otras. SSTC 32/1982. fundamento jurídico 2.º; 15/1986. fundamento jurídico 3.º; 118/1986. Fundamento jurídico 4.º 1; 148/1989. fundamento jurídico 2.º; 16/1991, fundamento jurídico 1.º)... si bien debe tenerse en cuenta que, en todo caso, con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros (SSTC 125/1987. Fundamentos jurídicos 4.º y 5.º; 167/1987. fundamento jurídico 2.º; 215/1988, fundamento jurídico 3.º; 148/1989. Fundamento jurídico 4.º)... El derecho a que la Sentencia se ejecute en sus propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. Cualquier alteración debe obedecer a causa prevista en la Ley, como lo es la imposibilidad legal o material de ejecución'.

Se desprende de ello, por lo que aquí interesa, que el procedimiento o fase de ejecución de la sentencia se proyecta sobre lo efectivamente juzgado, con la finalidad de llevar a cumplido efecto el derecho declarado en la sentencia con las garantías propias del proceso en su fase decla-

rativa, a cuyo efecto el órgano jurisdiccional competente ha de adoptar las medidas o resoluciones que resulten necesarias para la efectividad del derecho declarado, que es lo que constituye el marco o ámbito propio del procedimiento de ejecución. En consecuencia, el contenido de las sentencias cuya ejecución se realiza debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, la forma y los términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan en la LRJCA un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por 'lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo' (artículo 104.1 de la LRJCA).

Queda al margen de la ejecución de la sentencia y los incidentes que puedan suscitarse, en palabras de la citada sentencia del Tribunal Constitucional, la resolución de cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, y ello, entre otras razones, porque podría resultar menoscabado el derecho a la tutela judicial de terceros no intervinientes en el proceso, en cuanto vieran efectuadas declaraciones sobre sus derechos al margen del procedimiento declarativo correspondiente, del que no se les puede privar. Además de la razón fundamental, que el procedimiento de ejecución se proyecta sobre el derecho declarado y no tiene por objeto la declaración de otros derechos no cuestionados en el proceso y que no incidan en la declaración y reconocimiento de aquel. En este sentido son numerosos los autos de esta Sala que descartan el pronunciamiento en ejecución de sentencia sobre derechos que no han sido objeto de controversia en el proceso declarativo.

...

CUARTO.– Partiendo de estas consideraciones se deduce sin esfuerzo y de manera lógica y consecuente la justificación y finalidad de la inclusión por el legislador del precepto examinado, tanto en cuanto a su necesidad como a su contenido y alcance.

Así, el precepto responde a la necesidad de atender a las situaciones que acabamos de describir, de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en

el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada.

...

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

De todo lo expuesto se deduce la configuración de un trámite integrado en el procedimiento de ejecución de la sentencia, que no supone un obstáculo a la ejecución sino la acomodación de la misma a las circunstancias propias de este tipo de procesos desde una doble perspectiva, atendiendo, por un lado, a la efectividad del derecho y los intereses reconocidos en la sentencia y, por otro, a la garantía de aquellos otros intereses económicos o indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, y que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las mismas, medidas de aseguramiento que, como sucede en la generalidad de los supuestos en que se establecen por la ley en previsión de posibles responsabilidades,

han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial competente para ello, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional.

...

Y así estableciéndose como interpretación más acertada del artículo 108.3 lo que se va reiterando en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 2 de julio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 27 de noviembre de 2018 (ponente: Olea Godoy, Wenceslao), de 10 de diciembre de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 22 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), de 4 de abril de 2019 (ponente: Tolosa Tribiño, César), y de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), al establecer:

De acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la Administración recurrente, consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente in-

cidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional.

...

Así, resulta improcedente establecer, como doctrina jurisprudencial, que por parte del órgano judicial competente de la ejecución de la sentencia, Sala de lo Contencioso– Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, mediante el procedimiento incidental contemplado en el art. 109 LJCA en concordancia con el art. 105 LJCA se determine el carácter debido de las indemnizaciones estableciendo su importe, Administración responsable y los terceros de buena fe titulares del derecho a la indemnización, con el fin de proceder a garantizar las mismas en su importe exacto y determinado por parte del Ayuntamiento de Argoños, pues dicha pretensión resulta contraria a las previsiones del art. 108.3 interpretado en la forma y con el alcance que se ha establecido en esta sentencia.

Por las mismas razones y en lógica consecuencia debe rechazarse la pretensión de que, hasta el momento en que se resuelva sobre esa determinación del carácter debido de las indemnizaciones, no se proceda a la demolición de las viviendas, pues tal demolición no se condiciona a esa determinación sino a la prestación de garantías suficientes en los términos que ya hemos indicado antes; de la misma forma que, la adopción de las medidas necesarias al efecto, no suspende el procedimiento de ejecución y no impide, por lo tanto, que también se vayan adoptando las medidas convenientes para hacer efectiva en su momento la demolición, como es el caso del requerimiento al Gobierno de Cantabria, que se acuerda en el auto impugnado, a efectos de identificar la persona responsable del derribo e informar sobre las actuaciones que se han llevado a cabo al respecto y que se cuestionan por la recurrente.

Dicho en otras palabras y en los términos de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 2 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 27 de noviembre de 2018 (ponente: Olea Godoy, Wenceslao), de 10 de diciembre de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 22 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), de 4 de abril de 2019 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

Y por otra parte, así también hemos de coincidir con lo resuelto en nuestra Sentencia 1409/2017, de 21 de noviembre, particularmente, en sus

FJ 12º a 14º, que en nuestra reciente Sentencia 905/2018, de 1 de junio, dejamos así sintetizados:

“De forma particular, del tenor literal del contenido de los últimos fundamentos de dicha resolución (FJ 12º a 14º), resulta claro así que, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial:

1º el artículo 108.3 LJCA no impide la ejecución de sentencias;

2º tampoco constituye causa alguna de inexecución de tales resoluciones, al amparo del artículo 105.2 LJCA; y

3º no vulnera ello el artículo 24 de la Constitución (antes bien, precisamente, pudiera suceder esto así de prosperar el planteamiento de parte, esto es, de entenderse que el artículo 108.3 LJCA impide la ejecución de sentencias)”.

O si así se prefiere en los términos de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 23 de octubre de 2019 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), y las que en ellas se citan, al sentar:

En la posterior STS de 28 de enero de 2019 (RC 5793/2017) hemos apuntalado los anteriores pronunciamientos, en los siguientes términos, resumiendo toda la anterior doctrina:

“(…) esta interpretación se asienta en las siguientes consideraciones:

a) El precepto se incluye en el Capítulo IV del Título IV LJCA, relativo al procedimiento de ejecución de sentencias; b) Queda al margen de los incidentes de ejecución de sentencia las ‘cuestiones que no hayan sido abordadas y decididas en el fallo o con las que este no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no solo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución sino que podría ser menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros’ (SSTC 125/87, 149/89y 119/94); c) Elart. 108.3 LJCA se predica de la ejecución de sentencias que resuelven litigios relativos a inmuebles contrariando la normativa y cuya regularización no es posible jurídicamente, lo que determina que se ordene la su demolición; d) En este contexto, además de existir relaciones jurídico-privadas derivadas de la promoción/construcción realizada con violación insubsanable de la normativa urbanística, en las que intervienen terceros ajenos a la actuación y al proceso, esas actividades de edificación y uso del suelo están sujetas, según la normativa urbanística, al correspondiente control administrativo mediante las oportunas licencias, autorizaciones, conformidades o aprobaciones, por lo que la propia Administración puede resultar responsable de los daños y perjui-

cios causados a esos terceros como consecuencia del defectuoso ejercicio de su potestad de control, responsabilidad que no es objeto de debate ni reclamación en el proceso de regularización urbanística ni, por tanto, de pronunciamiento alguno en la sentencia que se ejecuta; e) La finalidad del precepto no es otra que la de garantizar que las eventuales indemnizaciones a esos terceros de buena fe (que habrán de reconocerse en los oportunos procedimientos) puedan hacerse efectivas, correspondiendo al órgano judicial de la ejecución concretar, en cada caso, el concepto jurídico indeterminado ‘garantías suficientes’, que no supone el reconocimiento del derecho a una determinada indemnización, sino, únicamente, su aseguramiento de manera cautelar”.

Y concluimos destacando las afirmaciones realizadas en la más reciente STS sobre la materia, cual es la STS de 7 de octubre de 2019 (RC 5759/2018):

“(…) es la propia finalidad del precepto la que determina su contenido, según el cual, se exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Lo que se persigue es garantizar que el reconocimiento del derecho de terceros a las indemnizaciones debidas, que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento, podrá hacerse efectivo convenientemente. No se trata de supeditar la demolición a la previa declaración del derecho a la indemnización debida sino de asegurar que tales declaraciones, si se producen y cuando se produzcan, resulten efectivas, mediante la adopción por el Juez o Tribunal de las garantías suficientes, para responder del pago, que es el efecto propio de la declaración de la indemnización debida. En otras palabras, se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto.

No se trata de la tutela judicial propiciada a través de un pronunciamiento declarativo de derechos y condena a su efectividad sino de una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento podrán hacerse efectivas indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente.

El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan

sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse.

(...) La exigencia de tales garantías, como se desprende de lo expuesto y en contra de lo que se sostiene por el recurrente, no son consecuencia de ‘una acreditación de que la Administración contribuyó con su actuación a la generación del derecho a obtener una indemnización que se pretende asegurar’ sino de una previa valoración, no declarativa de derechos, de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, caso de que se produzca esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición”.

Consecuentemente, procede por cuanto antecede, la desestimación del presente recurso de casación, así como de las pretensiones deducidas en relación con el mismo, por ajustarse las decisiones de los autos impugnados a las interpretaciones que realizamos.

12

Elementos subjetivos del artículo 108.3 LJCA

12.1.– La conceptualización de tercero de buena fe se va abordando en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 25 de mayo de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), en los siguientes términos:

CUARTO.– *Partiendo de estas consideraciones se deduce sin esfuerzo y de manera lógica y consecuente la justificación y finalidad de la inclusión por el legislador del precepto examinado, tanto en cuanto a su necesidad como a su contenido y alcance.*

Así, el precepto responde a la necesidad de atender a las situaciones que acabamos de describir, de existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada.

No se ocultan las dificultades que plantea la determinación del ámbito subjetivo al que se refiere el precepto, dados los escuetos términos en que se expresa, “terceros de buena fe”, que no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso. No obstante, una interpretación sistemática del precepto, atendiendo a la finalidad perseguida, nos permite señalar o trazar el marco en el que ha de moverse el órgano judicial en su aplicación. Así, en sentido positivo, el precepto se refiere a terceros de buena fe que, en tal concepto, puedan resultar titulares de una indemnización debida, por lo que, teniendo en cuenta que hablar de indemnización debida implica, salvo excepciones, la buena fe del perjudicado, ha de entenderse que el ámbito subjetivo al que se refiere el precepto se identifica con los terceros de puedan resultar beneficiarios de una indemnización, es decir, que puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, consiguientemente, no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados.

En sentido negativo, la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores, ..., ha de estarse al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de

los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo.

No se trata de la tutela judicial propiciada a través de un pronunciamiento declarativo de derechos y condena a su efectividad sino de una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento podrán hacerse efectivas indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente.

El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse.

El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.

También en los términos de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

Por otra parte, esta Sala ya se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 108.3 de la LRJCA, aunque haya sido en relación con el debate relativo a si el precepto supone o integra un supuesto de inejecución de sentencia, señalando en la STS de 21 de septiembre de 2017 (RC 477/2016), que: tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe. Esto es, mientras el art. 105 lo que prevé son supuestos de inejecución de sentencias por causas legales o materiales, el art. 108.3 se sitúa en un momento posterior del proceso de ejecución, en cuanto se incluye en un

precepto que recoge los poderes del juez para que la ejecución se lleve a efecto, con lo cual se convierte en una fase más de la ejecución, pero nunca en un impedimento, ni siquiera temporal para la ejecución de la sentencia.

Consecuentemente se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos.

En definitiva el legislador, junto con la finalidad de preservación del interés público que protege la ejecución de sentencias urbanísticas en cuanto instrumento dirigido al restablecimiento de la realidad física alterada, ha tratado de introducir la defensa y protección por parte del órgano judicial de los intereses privados de aquellos que habiendo adquirido de buena fe, pueden resultar perjudicados por tal ejecución, si bien, consideramos, que dicha protección no puede alzarse ni considerarse preeminente al interés público que en el proceso se trata de proteger y restaurar.

De todo lo expuesto se deduce la configuración de un trámite integrado en el procedimiento de ejecución de la sentencia, que no supone un obstáculo a la ejecución sino la acomodación de la misma a las circunstancias propias de este tipo de procesos desde una doble perspectiva, atendiendo, por un lado, a la efectividad del derecho y los intereses reconocidos en la sentencia y, por otro, a la garantía de aquellos otros intereses económicos o indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, y que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las mismas; medidas de aseguramiento que, como sucede en la generalidad de los supuestos en que se establecen por la ley en previsión de posibles responsabilidades, han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial competente para ello, atendiendo a los datos y elementos de juicio de que

disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el artículo 109.1 de la LRJCA. A tal efecto no está de más añadir que, como ya indicamos en la citada STS de 21 de septiembre de 2017, el interés preeminente en la ejecución de la sentencia es el restablecimiento de la legalidad urbanística, que constituye el pronunciamiento judicial en respuesta a la tutela judicial demandada en el proceso, de manera que la exigencia de garantías en previsión de posibles responsabilidades frente a terceros ha de llevarse a cabo, por el órgano judicial, sin perder de vista ese interés preeminente, y valorando, en consecuencia, la incidencia que puedan tener en la efectiva ejecución en tiempo y forma del derecho declarado en la sentencia. Tampoco en este aspecto resulta justificada la interpretación defendida por la parte recurrente, que supondría, cuando menos, una demora considerable en la ejecución de la sentencia y, previsiblemente, convertir la garantía de los derechos de terceros en un importante y desproporcionado obstáculo para la realización y efectividad de los derechos reconocidos en el proceso, resultado que evidentemente está muy lejos y es contrario a la finalidad perseguida por el legislador al introducir el precepto examinado.

Especialmente de interés es el planteamiento de si corresponde al juez o tribunal promover la identificación y el emplazamiento de los terceros de buena fe que se abordan en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

4º) Si corresponde al Juez o Tribunal promover la identificación y emplazamiento de los posibles terceros de buena fe titulares de un eventual derecho de indemnización.

El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.

Para la conceptualización de tercero de buena fe para titulares de vivienda habitual o donde desarrollen sus actividades profesionales, de residencias vacacionales o segundas residencias, pero no para promotores de la licencia, son de interés las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 25 de mayo de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa

Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

DÉCIMO: Lo primero que cabe aclarar es que la condición de terceros de buena fe no puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias.

No obstante, y en consonancia con el criterio expuesto en nuestra anterior sentencia, debemos concretar que la finalidad del nuevo artículo 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutan de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación.

Consecuentemente, el promotor que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe comprendido en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso.

En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LRJCA.

A su vez se ha establecido que tercero de buena fe no lo es el titular de la licencia ni el copropietario, ni tampoco la entidad bancaria que concede un préstamo y derecho real de hipoteca y servidumbre de paso que no se ejercitan por sus titulares. Así en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 18 de junio de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael):

OCTAVO: En consonancia con el criterio expuesto en nuestra anterior sentencia, debemos concretar que la finalidad del nuevo artículo 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutan de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación.

Consecuentemente, el titular y copropietario que obtuvieron la licencia declarada nula no pueden ser considerados terceros de buena fe comprendidos en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titulares de la licencia han sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerados terceros de buena fe. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso.

En definitiva, el titular de la licencia declarada nula que ha intervenido en el recurso, no es un tercero ajeno al proceso al que se le pueda tener como tercero de buena fe a los efectos del art. 108.3 LRJCA, consideración que cabe extender al copropietario de la vivienda en este caso.

Este mismo criterio, lo hemos mantenido en nuestra sentencia dictada en el recurso nº 325/2016.

NOVENO: Se defiende también la condición de terceros de buena fe del titular de un derecho real de hipoteca debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad y del titular de una servidumbre real de paso para gasoducto constituida, en fecha 7 de agosto de 1989, a favor de Gas Natural sobre la finca en que se halla el inmueble afectado.

Sostiene la parte recurrente que “La nota simple registral que aparece reproducida en las actuaciones judiciales, aparte de acreditar quienes son los propietarios indivisos del inmueble afectado por una orden judicial de derribo, deja constancia que hay constituida una hipoteca, sobre el inmueble afectado por una orden de derribo, a favor de la Caixa d’Estalvis de Manresa (actualmente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) en virtud de la escritura de constitución de la hipoteca autorizada por Notario competente en fecha 16 de octubre de 2008, muy anterior a la sentencia dictada en el recurso ordinario seguido ante el Tribunal a quo, por lo que dicha entidad bancaria constituye un tercero de buena fe que puede quedar afectado en su esfera patrimonial por la desaparición del objeto de la hipoteca si llegara a materializarse la orden judicial de derribo de dicho inmueble”.

Por otra parte, se afirma que “La nota simple registral antes mencionada también deja constancia de la existencia de una servidumbre real de paso para gasoducto constituida, en fecha 7 de agosto de 1989, a favor de Gas Natural sobre la finca en que se haya el inmueble afectado por una orden de derribo judicial. Aunque en este supuesto es más difícil concretar que el derribo de la edificación pueda causar perjuicios económicos al titular real de una servidumbre de paso de gasoducto, ello no

significa que la compañía Gas Natural no deba ser considerada como tercero de buena fe al efecto que en el correspondiente incidente procesal de ejecución sea oída a los efectos pertinentes, durante la tramitación del cual, en el caso de comparecer previa citación del Tribunal, se dilucidaría si la servidumbre de paso de dicha compañía queda afectada por la orden judicial de derribo de la edificación”.

DÉCIMO: En definitiva, se nos pide un pronunciamiento acerca de una de las cuestiones más relevantes que plantea el nuevo precepto, que exige analizar si esa condición de terceros solo puede predicarse de los que ostenten un título de propiedad, o si también cabe extenderlo a quienes disfrutaran del inmueble por otro título, o a quienes por virtud de cualquier otra relación jurídica pueden resultar afectados y perjudicados por la demolición del inmueble.

Como ya hemos señalado, los escuetos términos en que se expresa “terceros de buena fe”, no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso; pues bien, examinando el supuesto objeto de enjuiciamiento, podemos afirmar, desde una perspectiva procesal, que no parece admisible que la parte trate de hacer valer derechos de terceros ajenos al proceso y, por otra parte, que los dos supuestos que se alegan en este caso, la entidad bancaria que concedió préstamo para la construcción de la edificación y el titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto, que ni la parte es capaz de afirmar de forma tajante que quedaría afectada por la demolición, puedan estar amparados por las garantías previstas en el art. 108.3 LJCA.

...

Los escuetos términos en que se expresa, “terceros de buena fe”, no permiten una identificación precisa y concreta con carácter previo y al margen de las circunstancias de cada caso de los mismos, y que si bien es posible que titulares de otros derechos distintos del derecho de propiedad puedan ser considerados terceros a efectos de la aplicación del precepto, los dos supuestos que se alegan en este caso, la entidad bancaria que concedió préstamo para la construcción de la edificación y el titular de un derecho de servidumbre de paso de gasoducto, puedan estar amparados por las garantías previstas en el art. 108.3 LJCA.

12.2.— Debe destacarse la doctrina establecida sobre la exigencia de garantías suficientes no solo a la Administración, sino también a terceros tales como los promotores de las obras a demoler, y si lo es de forma aislada o de forma conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente, cómo debería sustanciarse procesalmente dicha exigencia y la prescripción. Así en

la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan):

Estas apreciaciones sobre el alcance del art. 108.3 de la LJCA permiten responder a la primera de las cuestiones que se suscitan en el auto de admisión de este recurso de reposición, por cuanto la construcción llevada a cabo sin la oportuna licencia constituye una grave infracción de la normativa urbanística que, cuando no sea susceptible de regularización, como es el caso que aquí se examina, determina que el restablecimiento de la legalidad urbanística ha de llevarse a efecto mediante la demolición de lo construido y reposición de la realidad física alterada, como ha declarado la sentencia objeto de la presente ejecución, lo que constituye un supuesto incluido en el ámbito de aplicación y la consiguiente exigencia de las garantías establecidas en el referido precepto. A tal efecto y en contra de lo que se sostiene por el recurrente, ha de tenerse en cuenta que el control administrativo sobre la regularidad de las actividades de edificación y uso del suelo comprende tanto el aspecto positivo de acomodar las autorizaciones y licencias a la normativa urbanística como el negativo de impedir la realización de actuaciones al margen de las autorizadas o careciendo totalmente de la licencia exigible, de manera que el referido control administrativo puede cuestionarse tanto por acción, concesión de licencias ilegales, como por omisión, por no ejercer las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce frente a las actividades urbanísticas que no se sujetan al previo control administrativo. Así lo reconoce, implícitamente, la Administración recurrente, cuando trata de justificar su falta de actuación y paralización de las obras por las razones que expone.

A ello ha de añadirse, que las declaraciones de esta Sala ponen de manifiesto que la determinación de la existencia, cuantificación y entidad deudora en concepto de responsabilidad patrimonial, no forma parte del ámbito propio de la ejecución del derecho declarado en la sentencia, que se refiere a la regularización urbanística y no a la responsabilidad patrimonial de la Administración o, en su caso, la indemnización debida en otro concepto, cuya existencia y alcance habrá de determinarse en el correspondiente procedimiento, con las garantías procesales legalmente establecidas, de manera que la exigencia de garantías económicas vienen referidas a la necesidad de atender a las situaciones que resultan de la existencia de procesos sobre regularización urbanística de determinadas edificaciones o instalaciones, cuya efectividad, mediante la ejecución de la correspondiente sentencia, puede incidir en la situación jurídica de terceros, causándoles un perjuicio patrimonial indemnizable

cuyo derecho, por no ser determinante de la legalidad urbanística cuestionada, no ha sido debatido ni declarado en el proceso, pero que puede verse frustrado si, una vez obtenido su reconocimiento en el correspondiente procedimiento establecido al efecto, no se hace efectivo y ya se ha llevado a cabo la regularización urbanística mediante la demolición de lo construido y la reposición de la realidad física alterada.

En el mismo sentido y ya en relación con la segunda cuestión suscitada en el auto de admisión de este recurso, es la propia finalidad del precepto la que determina su contenido, según el cual, se exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Lo que se persigue es garantizar que el reconocimiento del derecho de terceros a las indemnizaciones debidas, que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento, podrá hacerse efectivo convenientemente. No se trata de supeditar la demolición a la previa declaración del derecho a la indemnización debida sino de asegurar que tales declaraciones, si se producen y cuando se produzcan, resulten efectivas, mediante la adopción por el Juez o Tribunal de las garantías suficientes, para responder del pago, que es el efecto propio de la declaración de la indemnización debida. En otras palabras, se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto.

No se trata de la tutela judicial propiciada a través de un pronunciamiento declarativo de derechos y condena a su efectividad sino de una actividad judicial garantista, asegurando que en su momento podrán hacerse efectivas indemnizaciones que resulten del procedimiento correspondiente.

El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse.

De esta forma, las garantías a que se refiere el art. 108.3 LJCA se proyectan sobre el alcance de la regularización urbanística declarada en

la sentencia de cuya ejecución se trata, es decir, a los pronunciamientos realizados en atención a lo efectivamente juzgado y lo establecido y previsto en el fallo en relación con el restablecimiento de la legalidad urbanística. Ello justifica la exigibilidad a la Administración, en la medida que en la propia sentencia se aprecie y declare su deficiente ejercicio, por acción –anulación de licencia– u omisión –obras sin la oportuna autorización–, de las facultades de control que el ordenamiento jurídico le atribuye, como es el caso que aquí se examina, en el que la sentencia en ejecución declara expresamente en relación con la actuación del Ayuntamiento, que “su conducta de total pasividad y desatención de sus deberes en relación con la legalidad urbanística es la que determinó la necesidad de la tramitación del presente recurso”.

La exigencia de tales garantías, como se desprende de lo expuesto y en contra de lo que se sostiene por el recurrente, no son consecuencia de “una acreditación de que la Administración contribuyó con su actuación a la generación del derecho a obtener una indemnización que se pretende asegurar” sino de una previa valoración, no declarativa de derechos, de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, caso de que se produzca esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición.

Por las mismas razones y en los mismos términos, la posibilidad de exigencia de tales garantías a terceros tales como promotores de las obras a demoler, a que se refiere el auto de admisión, vendrá determinada, en su existencia y alcance –exigencia de forma aislada o conjunta con la Administración, solidaria o subsidiariamente–, por los pronunciamientos de la sentencia que se ejecuta acerca de su intervención en la regularización urbanística acordada por el Tribunal, realizados en razón de lo efectivamente juzgado en cada caso y sometido a la decisión jurisdiccional, a los que responde la ejecución y las consiguientes garantías exigidas para ello. Sin que resulte procedente, por lo tanto, otro planteamiento genérico al margen de las circunstancias del caso y alcance de los correspondientes pronunciamientos de la sentencia que se trata de ejecutar, siempre que los mismos hubieran intervenido en proceso o pudieran haberlo hecho.

CUARTO.– La interpretación del art. 108.3 LJCA que se acaba de establecer en relación con las cuestiones suscitadas en el auto de admisión

de este recurso de casación, conducen a su desestimación, en cuanto se rechaza, por las razones expuestas, el planteamiento principal de la parte relativo a la exclusión del ámbito objetivo del art. 108.3 LJCA de la demolición de viviendas que carecen de licencia y las consecuencias que anuda a tal exclusión, así como las alegaciones relativas a la inexigibilidad de responsabilidad al Ayuntamiento, que no es objeto de pronunciamiento en este trámite de ejecución ni resulta necesario como requisito previo para adoptar las medidas de garantía en cuestión. Tampoco se justifica la exigencia de tales garantías a los promotores de las obras a demoler, en cuanto la Sala de instancia no incluye en su sentencia pronunciamientos en relación a los mismos que justifique su imposición, siendo que, por el contrario, existe un preciso pronunciamiento de condena a la Administración recurrente.

Por otra parte y como hemos declarado en otras sentencias, caso de la de 18 de junio de 2018, citada por la de 11 de julio de 2018, el art. 108.3 resulta de aplicación a todos los supuestos o incidentes en que se plantee el momento, alcance o modo de demolición de una construcción ilegal, al margen de cuando se haya iniciado el pleito o incidente de ejecución, a lo que ha de añadirse que la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial habrá de plantearse, en su caso, frente al ejercicio de tal acción y atendiendo a las condiciones de tiempo y forma en que se haya ejercitado.

12.3.— Respecto a la obligación de afianzamiento y las haciendas locales son de destacar las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), y de 7 de octubre de 2019 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), al establecer:

Finalmente y como reconoce la propia Administración recurrente, esta Sala ya se pronunció sobre la cuestión relativa a la infracción del art. 173.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, suscitada por el mismo Ayuntamiento en el recurso 5793/2017, resuelto por sentencia de 28 de enero de 2019, señalando que “el artículo 108.3 no solo es una norma especial referida específicamente al aseguramiento de una orden de demolición acordada en sentencia, y cuya ejecución se pretende, esto es, una norma procesal, sino también una norma posterior al Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, cuya inaplicación a la administración en los términos que se pretende dejaría prácticamente sin contenido la indicada norma”, razones que no se desvirtúan por las alegaciones de carácter general sobre el alcance de dicho precepto y la prerrogativa administrativa en cuestión y tampoco por las que la parte realiza sobre la forma alternativa de satisfacer dicha garantía, cuya su-

ficiencia, en su caso, habrá de ser objeto de examen y valoración por el Tribunal que la impone.

13

Elementos objetivos: Indemnizaciones debidas

La interpretación del concepto de “Indemnizaciones indebidas” se aborda en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 21 de marzo de 2018 (ponente: Herrero Pina, Octavio Juan), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), y de 11 de julio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), del siguiente modo:

Las consideraciones anteriores sirven de fundamento para interpretar el sentido de la expresión “indemnizaciones debidas”, que en este caso se utiliza para referirse al deber genérico de indemnizar a los terceros de buena fe, que no es consecuencia de una concreta declaración previa reconociendo la condición de tercero y la indemnización que es debida sino de la valoración de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, producida, en su caso, esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición. No se ajusta a esa interpretación la mantenida por la parte recurrente, que considera la expresión “indemnizaciones debidas” como indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles.

Por lo demás, que la adopción de garantías no se refiera a una indemnización preestablecida y cuantificada y que, en consecuencia, su alcance y contenido responda al juicio o valoración del Juez o Tribunal atendiendo a las circunstancias del caso (personas y bienes afectados, formas de garantía), no constituye una novedad o situación excepcional sino, más bien al contrario, el supuesto más frecuente en estas situaciones. Sirva como referencia, para no acudir a otra norma procesal, la exigencia por el Juez o Tribunal de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la adopción de una medida cautelar, que se regula en el art. 133 de la Ley de esta Jurisdicción.

Corresponde al órgano judicial concretar en cada caso el concepto jurídico indeterminado, garantías suficientes, que no supone el reconocimiento del derecho de terceros a una determinada indemnización sino, únicamente, el aseguramiento de manera cautelar ante la advertida existencia de terceros afectados en su situación patrimonial.

Y si se trataba de hacer valer la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial sin el pago de la correspondiente indemnización, deben destacarse las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 25 de mayo de 2018 (ponente: Tolosa Tribiño, César), de 1 de junio de 2018 (ponente: Suay Rincón, José Juan), de 28 de junio de 2018 (ponente: Fernández Valverde, Rafael), de 28 de enero de 2019 (ponente: Trillo Alonso, Juan Carlos), y de 28 de febrero de 2019 (ponente: Huerta Garicano, Inés), al dejar establecido:

En atención a lo precedentemente expuesto y centrándonos en la cuestión que conforme al auto de admisión tiene interés casacional, respondemos, al igual que hacíamos en la sentencia de 25 de mayo de 2018, que “[...] sin perjuicio de que la existencia de un procedimiento abierto de responsabilidad patrimonial constituye un elemento indiciario de la existencia de terceros perjudicados a efectos de la fijación de garantías, cuando la administración por mandato judicial, incluso por iniciativa propia, inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial para fijar las indemnizaciones derivadas de una ilegalidad urbanística, culminando dicho expediente con el abono de las indemnizaciones fijadas en el mismo, resulta evidente que no será preciso el juego del art. 108.3, dado que los derechos de los terceros afectados no necesitarán ser garantizados, al haber quedado previamente completamente satisfechos”.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.
- **FORMATO:** La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.
- En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecorillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s.

Ejemplo:

JIMÉNEZ ASENSIO, R., “¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas”, en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, Bilbao, 2011, págs. 13-87.

- En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

Ejemplo:

PAREJO ALFONSO, L., “Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecorilladas.

- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.
- **SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES:** Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

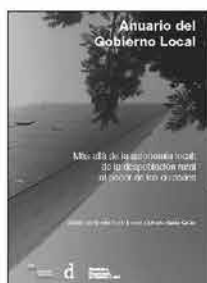
suscripciones



3 números al año

QDL
Anual (3 números)
38 €

QDL
Anual (3 números)
+
**Anuario del
Gobierno Local**
80 €



Última edición: abril 2020

**Anuario del
Gobierno Local**
55 €



**Anuario de
Transparencia
Local**
20 €



**Anuario del
Buen Gobierno
y de la Calidad
de la
Regulación**
35 €

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414

Mail: fund@gobiernolocal.org

*IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Gobierno Local @fundlocal
 Jun 29
 RT @webl: Documentos de interés "Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019" Publica: @fundlocal... <https://t.co/gR7hMMh0gK>

Inicio La Fundación Actividades Publicaciones Boletín Biblioteca Digital Actualidad

Webinar: «El impacto de los desafíos globales en el mundo local: ¿Tenemos el ordenamiento jurídico adecuado?»

14 de julio de 2020 - 10:30 h.

WEBINAR



Martes, 14 de julio de 2020 a las 10:30 h.

Organizado por:




ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN

14 julio

Webinar: «El impacto de los desafíos globales en el mundo local: ¿Tenemos el ordenamiento jurídico adecuado?»
 (14 de julio de 2020, 10:30 h.)

VER TODAS

Últimas publicaciones:

<



22 junio 2020
Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019



8 junio 2020
Anuario de Transparencia Local 2019



20 abril 2020
Revista Democracia y Gobierno Local n° 48

>



ACTIVIDADES

Consulta aquí todas las actividades de la Fundación.



PUBLICACIONES

Coore todas las publicaciones de la Fundación.



BIBLIOTECA DIGITAL

Consulta aquí nuestras publicaciones en formato electrónico.

QDL53ÍNDICE

I. ESTUDIOS

- 12 La nueva regulación de la contratación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020 · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
- 75 La acción social municipal en la gestión de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 y en el proceso de salida de la crisis sanitaria y social · MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
- 107 ¿La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción llamada a tutelar los derechos de los particulares contra normas de cualquier rango por motivos de inconstitucionalidad? · SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
- 132 El Tribunal de Recursos Contractuales · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO
- 171 Los conflictos de interés y su incidencia en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local. Análisis del caso venezolano · JESSICA VIVAS ROSO

II. PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

- 198 La gestión de crisis corporativa desde una visión jurídica · RAFAEL ENTRENA FABRÉ
- 211 Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias · JOSÉ M.ª FERNÁNDEZ SEIJO
- 233 Condiciones de admisibilidad del recurso de apelación en el orden contencioso-administrativo: las resoluciones recurribles · FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

III. JURISPRUDENCIA

- 256 La ejecución de sentencias de derribos de obras ilegales y los derechos de terceros adquirentes de bienes inmuebles de buena fe –art. 103 y ss. LJCA– · MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

