

QDL62

Junio de 2023 · Cuadernos de Derecho Local

LA CONTRATACIÓN MENOR EN LA ESFERA LOCAL



QDL 62

Junio de 2023 · Cuadernos de Derecho Local

LA CONTRATACIÓN MENOR EN LA ESFERA 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

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

Presidente: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III de Madrid*
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*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Miguel Casino Rubio, *U. Carlos III de Madrid*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
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*
Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director: Alfredo Galán Galán, *Universidad de Barcelona*
Secretario: Gustavo Manuel Díaz González, *Universidad de Oviedo*
Coordinadora: Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*
Vocales: Marcos Almeida Cerredá, *U. de Santiago de Compostela*
Mónica Álvarez Fernández, *U. de Oviedo*
Antonio Arroyo Gil, *U. Autónoma de Madrid*
M. Mercè Darnaculleta Gardella, *U. de Girona*
Antonio Descalzo González, *U. Carlos III de Madrid*
Ricard Gracia Retortillo, *U. de Barcelona*
María Hernando Rydings, *U. Rey Juan Carlos*
Agustín Iriondo Colubi, *Consejo Consultivo de Asturias*
Cayetano Prieto Romero, *Comunidad de Madrid*
Diana Santiago Iglesias, *U. de Santiago de Compostela*
Sofía Simou, *U. Autónoma de Madrid*
Francisco Toscano Gil, *U. Pablo de Olavide*

QDL62

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

La contratación menor en la esfera local

14

El contrato menor en el ámbito local: crónica de una muerte imposible · ANABELÉN CASARES MARCOS

67

Procedimiento de contratación menor y buenas prácticas · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

93

Las vicisitudes de la ejecución del contrato administrativo menor y del contrato de menor cuantía de los PANAP · XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE

112

El fraccionamiento del objeto del contrato: directrices y límites en la contratación menor · SILVIA DÍEZ SASTRE

159

Los procedimientos de reacción frente a la contratación menor irregular y los efectos de la invalidez del contrato menor · BEGOÑA SESMA SÁNCHEZ

198

II. Sección general

Efectos de la nulidad de los contratos verbales del sector público: acción restitutoria o responsabilidad patrimonial. ¿Es posible evitar el pago de la prestación realizada? · IGNACIO CALATAYUD PRATS

Índice

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

- El estado actual de la jurisdicción
contencioso-administrativa y las proyectadas
reformas de las leyes de eficiencia ·
FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS 238
- La acción pública en materia de urbanismo ·
MANUEL TÁBOAS BENTANACHS 266
- Transparencia, acceso y buena administración:
una comparación entre Italia y España ·
GIANLUCA GARDINI 328
- Limitaciones de las corporaciones locales en
funciones durante el período de
administración ordinaria · DAVID CABEZUELO
VALENCIA 352

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

- Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo
(de 1 de enero a 30 de abril de 2023) ·
VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ 382

CRÓNICA CONSULTIVA

- Doctrina del Consello Consultivo de Galicia
sobre la utilización del reconocimiento extrajudicial
de créditos y la revisión de oficio para el abono de
prestaciones contratadas de forma irregular · JOSÉ
ÁNGEL OREIRO ROMAR 414
- Intervención preceptiva de los órganos
consultivos y excepciones: supuestos analizados
por el Consejo Consultivo de Castilla y León ·
JAVIER PÍRIZ URUEÑA 428



QDL62

ESTUDIOS

A stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of many branches, each ending in several oval-shaped leaves. The background is a light blue gradient.

QDI 62

**I.
Sección
monográfica.
La contratación
menor en la
esfera local**

El contrato menor en el ámbito local: crónica de una muerte imposible¹

ANABELÉN CASARES MARCOS

*Catedrática de Derecho Administrativo.
Universidad de León*

1. El contrato menor como concepto líquido

- 1.1. La restricción del objeto del contrato menor
- 1.2. La evolución de los requerimientos formales exigidos legalmente para su adjudicación y perfección
 - 1.2.1. *La motivación de su necesidad y, en su caso, de la insuficiencia de medios*
 - 1.2.2. *La justificación de la inexistencia de fraccionamiento indebido a causa de su adjudicación*
 - 1.2.3. *Otros requisitos legalmente exigidos para su adjudicación y perfección contractual*
- 1.3. La adición por la doctrina consultiva de un nuevo requerimiento para la contratación menor en el ámbito local

2. La ilusoria erradicación de la contratación menor local

- 2.1. La asfixia de las entidades locales a manos de su régimen jurídico: racionalización y sostenibilidad en términos de uniformidad y estabilidad presupuestaria
- 2.2. La resistencia numantina del contrato menor tras la LCSP: ¿está justificada la contratación menor en el ámbito local?

3. Bibliografía

Resumen

Cinco años después de la entrada en vigor de la LCSP cabe apreciar la tozudez de la contratación menor por abandonar el escenario público pese a su restricción inicial por el texto legal de 2017. El propio legisla-

Artículo recibido el 04/06/2023; aceptado el 19/06/2023.

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2021-122131OB-I00 ("Compra Pública Verde: Una herramienta estratégica Contra el Cambio Climático. Análisis Sectorial: Alimentación, Edificación, Movilidad y Despoblación"), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuya investigadora principal es la Prof.^a Ximena Lazo Vitoria, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares.

dor ha claudicado ante la resistencia del sector público a desecharla, flexibilizando su régimen jurídico en sucesivas reformas sin terminar de despejar, no obstante, todas las incógnitas. Las dificultades interpretativas son aún más significativas en el ámbito local, donde su empleo y la consiguiente incertidumbre se acrecientan exponencialmente por la escasez de recursos de todo tipo y la exasperante uniformidad sancionada para todas las entidades locales por una regulación contractual que no toma debidamente en consideración su idiosincrasia y singularidades propias.

Palabras clave: *contrato menor; necesidad e idoneidad de la contratación pública; fraccionamiento indebido del contrato; eficiencia contractual; racionalización técnica de la contratación pública local.*

Sub-dimensional procurement at the local level: chronicle of an impossible death

Abstract

Five years after the entry into force of the Public Sector Contracts Law, it is surprising how minor contracts resist as a lively instrument despite their initial restriction by the 2017 legislation. The legislator has refused to eliminate this tool because of the public sector resistance, and it has decided a more flexible legal framework to resolve the many doubts about its scope. The interpretative difficulties are even more significant at the local level, where their frequent use and consequent uncertainty exponentially increase due to the scarcity of all types of resources and the exasperating uniformity sanctioned for all local entities by a legislation which does not consider their idiosyncrasies and singularities.

Keywords: minor public procurement; sub-dimensional public procurement; necessity and suitability of public procurement; undue division of the contract; contractual efficiency; technical rationalization of local public procurement.

1

El contrato menor como concepto líquido

A diferencia del resto de los contratos que celebra el sector público, el contrato menor carece de una definición legal expresa en la Ley 9/2017, de 8 de noviem-

bre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). Pese a la ausencia en él de un sustrato material *per se*, ha estado presente de forma ininterrumpida en nuestro ordenamiento jurídico, con las adaptaciones y modificaciones oportunas, desde el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, de Bravo Murillo, que completaba la Ley de administración y contabilidad de 1850².

En realidad, el art. 118 LCSP lo singulariza, como se ha hecho tradicionalmente, por razón de su mera cuantía. De ahí el carácter líquido de su concepto, de contornos cambiantes en función de la determinación normativa de los requisitos materiales y formales que se han anudado en cada época a su adjudicación y, en especial, del umbral económico por encima del cual no cabría su celebración.

Su ventaja radicaría en la simplificación procedimental para su adopción, de forma que, obligándose las partes a prestaciones iguales a las de otros contratos administrativos típicos que pudieran suscribirse, el mero hecho de situarse por debajo de un determinado límite económico los haría merecedores de un procedimiento de adjudicación calificado ya en otro lugar de privilegiado³, en la medida en que cuenta con menores exigencias de tramitación⁴, lo que facilita y agiliza, sin duda, no solo su celebración⁵, sino también, de modo particular, la ejecución contractual posterior, sometida, en todo caso, a una importante limitación temporal, puesto que este tipo de contratos no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, de acuerdo con el art. 29.8 LCSP⁶.

Tras la modificación de la LCSP por la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, la duración máxima de ciertos contratos menores

2. *Vid.* Velázquez Navarrete (2015: 390 y ss.) y Vázquez Fernández (2016: 450).

3. Casares Marcos (2020: 268). En este mismo sentido, Orquín Serrano (2020: 1).

4. Como recuerda Baño León (2018: 16), con expresión de la máxima de derecho romano *de minimis non curat praetor*, "el Derecho siempre ha establecido un menor control sobre los asuntos pequeños o de menor importancia".

5. No en vano, por su propia singularidad se perfeccionan al momento de su adjudicación, sin necesidad de formalización (art. 36.1 LCSP).

6. Reviste, asimismo, especial interés la distinción realizada por Aradas García (2022: 15 y ss.) entre plazo de duración del contrato y de ejecución de la prestación, a efectos de subrayar el escaso sentido que tendría sujetar a un año la duración de los contratos menores de obras y suministros, definidos en la práctica por su plazo de ejecución, si bien concurra en que "dado su reducido importe [...] resulta bastante extraordinario que estos contratos [menores de obras y suministros] tengan que extender su ejecución más allá de un año". Su reflexión plantea, en todo caso, una incógnita peculiar desde la perspectiva local, en cuanto si por diversas causas, imputables las más de las veces al contratista, la ejecución de este tipo de contratos menores superara finalmente el año, ¿cabría considerar que la contratación inicial ha devenido en irregular por superar el plazo de duración legalmente establecido pese a la invariabilidad de la prestación contractual, cuyo plazo de ejecución resulta meramente "circunstancial o accesorio" en relación con su realización y entrega?

escapa, no obstante, de este límite anual. En concreto, conforme al propio art. 29.7 LCSP, en caso de contratación de servicios complementarios de un contrato menor de obras, su duración puede alcanzar hasta los 30 meses, siempre que el exceso sobre el año de duración venga justificado exclusivamente por la duración del período de garantía establecido en el contrato de obras principal y los trabajos relacionados con la liquidación de dicho contrato principal. Se adiciona con ella una nueva excepción a las ya previstas para la contratación de los servicios sanitarios de urgencia regulada en el art. 131.4, las actividades formativas a que se refiere el art. 304 y la ampliación de plazo que supuso para los contratos del sector público la declaración de alarma a consecuencia de la situación excepcional originada por la propagación de la COVID-19⁷.

1.1

La restricción del objeto del contrato menor

El contrato menor se ha configurado tradicionalmente, por tanto, como una cáscara vacía que el legislador ha ido rellenando con aquellos contratos del sector público que, por su escasa relevancia, consideraba en un momento determinado que podían aligerarse prescindiendo de trámites engorrosos que pudieran reputarse innecesarios para su correcta adjudicación y cumplimiento y, en última instancia, para el funcionamiento eficaz y eficiente de la entidad pública contratante. De ahí que no se identifique tanto con un tipo de acuerdo o prestación contractual en particular cuanto con una vía para la adjudicación de ciertos contratos que por su exigua dimensión, entre otras características relevantes, se estiman susceptibles de celebrarse y ejecutarse al margen de los procedimientos de adjudicación ordinarios dispuestos al efecto por la legislación contractual⁸.

Así lo sostiene la JCCA de la Comunidad de Madrid en su Informe 1/2018, de 11 de abril. Al precisar, con carácter previo, “la naturaleza de la figura del contrato menor y los cambios introducidos por la LCSP en su regulación”, hace hincapié, con cita expresa de su art. 131, en que se trata, en todo caso, “de un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional cuya consideración viene determinada en función de su cuantía”. Afirma

7. Me remito a Casares Marcos (2020: 284 y ss.).

8. En idéntico sentido, Rodríguez *et al.* (2019: 389 y ss.). Para Izquierdo Carrasco (2021: 59) es una categoría contractual que, si bien modula el régimen jurídico aplicable a tales contratos públicos en lo relativo al procedimiento de adjudicación, alcanza también a otros aspectos como la forma del expediente o su publicidad, por lo que más que un procedimiento o una forma de adjudicación contractual sería una forma de celebrar.

que con ello se continúa la línea del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), si bien incorporando ahora el legislador “importantes modificaciones” que han supuesto “la disminución del importe para la consideración de contrato menor, la limitación de su ámbito objetivo, y el incremento de los requisitos que debe reunir el expediente de contratación en estos contratos”.

Por lo que se refiere, en particular, a su objeto, dispone el art. 118.1 LCSP que “se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal”. Su enunciado remite a la pormenorizada regulación por el art. 101 LCSP del valor estimado de los contratos, cuyo método de cálculo no podrá seleccionarse “con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”⁹. De esta forma, frente al art. 138.3 del anterior TRLCSP, que diferenciaba el “importe” de los contratos menores de obras del aplicable a “otros contratos” menores, el precepto actualmente vigente no solo define mejor el umbral económico del contrato menor¹⁰, sino que delimita con mayor precisión su posible objeto contractual.

9. Este límite decae, en todo caso, respecto a la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas, que conforme a la disposición adicional 9.ª LCSP podrán efectuarse de acuerdo con las normas establecidas para la contratación menor cualquiera que sea su cuantía en tanto que no alcancen el umbral para los contratos sujetos a regulación armonizada (215 000 euros para el sector público local). *Vid.* los informes JCCPE 75/2018 y 90/2018, ambos de 10 de diciembre, acerca de la aplicación de esta disposición adicional.

También la disposición adicional 54.ª LCSP eleva el umbral de los contratos menores de suministro o servicios a los que tengan un valor estimado inferior o igual a 50 000 euros, siempre que sean celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación. Entre los agentes públicos citados quedan comprendidos, en todo caso, los organismos y entidades de investigación dependientes de una Administración local, no la propia entidad local, como advierte el Informe JCCPE 39/2020, de 12 de febrero de 2021. El Informe 25/2018, de 15 de noviembre, de la JCCA de Aragón, incide en el carácter restrictivo de la excepción, subrayando que tan solo se refiere a “aquellos gastos que se encuentren vinculados directamente a la realización de la concreta actividad investigadora excluidos los de índole organizativa, estructural o financiera, que habrían de afrontarse igualmente aunque la actividad investigadora no tuviese lugar, sin que puedan imputarse como un coste más prorrateado sobre la misma”. Resuelven diversas dudas en relación con su tramitación como menores y la interpretación de la disposición adicional 54.ª los informes JCCPE 82/2018, de 4 de marzo de 2019, 14/2019, de 9 de mayo, y 80/2021, de 17 de diciembre.

10. Sobre su cuantía, que excluye de su cálculo el impuesto sobre el valor añadido, y las vicisitudes de su limitación cuantitativa a un mismo adjudicatario hasta la derogación de este requisito por Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, *vid.* Casares Marcos (2020: 278 y ss.).

La limitación de su ámbito objetivo ha sido conscientemente asumida por el legislador, como refleja la propia tramitación parlamentaria de la LCSP, en cuanto la enumeración tasada de las prestaciones que podrían integrar el posible objeto del contrato menor permaneció invariable desde la presentación inicial del proyecto de ley en el Congreso hasta la aprobación definitiva de la ley¹¹, sin que se aceptara la enmienda dirigida, precisamente, a incluir de forma expresa los contratos de concesión de servicios en su enunciado¹².

La exclusión concesional resulta lógica a mi juicio. Se antoja francamente difícil pensar en un negocio concesional, sea de obra o de servicios, que se ajuste a los requisitos de duración e importe máximos regulados para el contrato menor. Aun cuando pudiera ceñirse a esas limitaciones, más que de una restricción objetiva impuesta por el legislador cabría hablar de una salvedad fundada en el sentido común y orientada a salvaguardar el interés general que subyace al contrato ante la innegable complejidad inherente a todo negocio concesional de los arts. 14 y 15 LCSP¹³.

Por lo demás, el Informe JCCPE 92/2018, de 4 de marzo de 2019, admite el contrato menor para la adjudicación de proyectos de obras o instalaciones o cualquier otra prestación de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo¹⁴, en cuanto contratos de servicios, pese a “destacar que resulta llamativo y posiblemente incongruente que el legislador haya olvidado excluir a este tipo de contratos de la posibilidad de acudir al contrato menor”¹⁵.

Más dudas ha planteado si cabe este tipo de contratación en relación con otros contratos celebrados por el sector público¹⁶, más allá de los admi-

11. Sobre la diversa redacción del precepto en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno, que tuvo entrada en el Congreso de los Diputados con fecha 25 de noviembre de 2016, y en el texto definitivamente aprobado, así como las enmiendas habidas en relación con el art. 118 durante su tramitación, *vid.* López de la Riva y Albóniga (2018).

12. La ponencia encargada de redactar el informe sobre el proyecto de ley en la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados no aceptó la enmienda número 579 del Grupo Parlamentario Socialista en aquel sentido.

13. También Aradas García (2022: 2) entiende que el silencio legal al respecto “se debe que no cumplirían los requisitos o límites que el contrato menor exige (cuantía, duración u objeto)”. De cualquier modo, la exigencia de estudio de viabilidad y de pliego de cláusulas administrativas particulares por los arts. 247 y 250 LCSP para el contrato de concesión de obras, así como de pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por el art. 285 para el de concesión de servicios, inhabilita cualquier planteamiento teórico al respecto.

14. Reconocidas como prestaciones de carácter intelectual por la disposición adicional 41.ª LCSP.

15. No obstaría a tal efecto su exclusión expresa por el art. 159.6 LCSP del procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria, en cuanto sus limitaciones en la valoración de las ofertas “no son de aplicación en los contratos menores y, en consecuencia, no existe obstáculo legal alguno al empleo de esta fórmula del contrato menor siempre que se cumplan las condiciones que permiten acceder a esta categoría jurídica”.

16. La necesidad de acotar la extensión del trabajo y poner el foco sobre la Administración local obliga a dejar de lado, en todo caso, el problema planteado por los contornos del ámbito subjetivo de la contratación menor y las dudas que se han planteado respecto a la celebración

nistrativos típicos de obras, suministro y servicios, para lo que resulta obligada la toma en consideración de los informes consultivos recaídos al efecto:

a) Tras la denegación inicial por el Informe JCCA 38/2005, de 26 de octubre, de la posible tramitación como menor de un contrato administrativo especial “por no estar admitida expresamente para los mismos y resultar incompatible con el régimen jurídico tal como resulta del art. 8 [entonces aplicable] de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”¹⁷, esta posibilidad se admite hoy pacíficamente a tenor de la modificación operada en el régimen jurídico de estos contratos por la LCSP 2007 y de su actual regulación en la ley vigente¹⁸.

En la actualidad son contratos especiales, según el art. 25.1 b) LCSP, los declarados así expresamente por una norma legal, así como los de objeto distinto a los típicos, pero con “naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”, rigiéndose su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, en primer término, por sus normas específicas, cuando las haya, y, en todo lo no previsto en ellas, por la regulación aplicable a los contratos administrativos típicos¹⁹.

El cambio de criterio asentado tras la LCSP 2007 ha sido reconocido expresamente para la actual LCSP en el Informe JCCPE 84/2018, de 21 de marzo de 2019. Colige que “la falta de una mención expresa a los contratos

de contratos menores por los poderes adjudicadores que no sean Administración pública a la vista del art. 318 a) LCSP, o por las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador en relación con el art. 321.2 a) LCSP. *Vid.* a tal efecto la síntesis que ofrecen al respecto Vázquez Contreras (2019: 183 y ss.) y Vázquez Matilla (2020), quien ha destacado la particular *vis atractiva* generada al respecto por el Informe 2/2018, de 17 de enero, de la Abogacía General del Estado. Asimismo, reflejan con mayor profundidad la disparidad de las posiciones defendidas Gimeno Feliú (2018) y Díez Sastre (2017).

17. Este precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, remitía la adjudicación de los contratos administrativo especiales al Libro I de la Ley, señalando además, en su apdo. 2, las menciones que necesariamente habían de figurar en sus pliegos de cláusulas administrativas particulares, “la mayor parte incompatibles con el régimen jurídico de los contratos menores”, como remarcó el citado Informe 38/2005.

18. Así, tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el Informe JCCA 33/2009, de 1 de febrero de 2010, incide en la caracterización general del contrato menor en su art. 122.3 y en su configuración como único “procedimiento de adjudicación directa” admitido por la ley, para concluir que si las normas “reguladoras de los procedimientos de adjudicación, son de aplicación no sólo a los contratos típicos, sino también a los administrativos especiales y, en ausencia de disposiciones propias, a los contratos privados, es evidente que la disposición del apdo. 3 del art. 122 [actual art. 118 LCSP], deberá tener el mismo ámbito de aplicación, lo cual supone que la categoría de contratos menores es aplicable a los contratos administrativos, tanto típicos como especiales, y a los privados celebrados por una Administración Pública siempre que éstos no estén sujetos a normas especiales que les sean de aplicación”.

19. A tenor del art. 25.2 LCSP, por la propia LCSP y sus normas de desarrollo y, supletoriamente, por las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, de derecho privado.

administrativos especiales [en el art. 118 LCSP] no debe aparejar la conclusión de que el sistema del contrato menor no resulta de aplicación a este tipo contractual específico”, sino que, antes bien, “si el contrato menor es un contrato que se define por su cuantía y si el contrato administrativo especial es, como es obvio, también un contrato administrativo, no parece que la posibilidad de emplear la técnica del contrato menor le esté vedada *ex lege*”, máxime ante la “significativa semejanza” que cabe apreciar entre las prestaciones que constituyen su objeto y las “muy próximas” de los contratos administrativos típicos de obras, servicios y suministros. Se trata de una posibilidad avalada, además, a juicio de la JCCPE, por la remisión expresa del art. 25.1 b) LCSP para la regulación de este tipo de contratos, en defecto de normas especiales, a las de la propia ley, entre las que estarían “incluidas las referentes al contrato menor”, así como por la expansión en otros informes de la JCCPE de la contratación menor a los contratos privados celebrados por el sector público, más discutible, a mi juicio, en cuanto “no parece muy lógico que si el régimen de los contratos menores cabe para los contratos privados no pueda predicarse lo mismo de un tipo de contratos mucho más próximo a los contratos típicos que menciona el art. 118 LCSP”.

La argumentación puede suscitar, a mi modo de ver, ciertas dudas por su endeblez a la vista del tenor literal de la LCSP. Pese a los cambios, nada menores, habidos en el enunciado del art. 118 LCSP, la JCCPE extrae idénticas conclusiones que al amparo de otras regulaciones anteriores de la contratación menor y, en particular, del art. 138.3 TRLCSP. Frente a lo afirmado por el Informe 84/2018, no es cierto que la ley vigente defina el contrato menor “por su cuantía”, sino que su art. 118 lo singulariza a partir de la concurrencia de dos elementos esenciales, como son, de un lado, su cuantía inferior a un determinado umbral económico, y, de otro, las prestaciones concretas que conforman su objeto.

A diferencia de la regulación anterior, el precepto actual no se refiere a “otros contratos” al determinar el régimen jurídico de la contratación menor, sino que lo acota de forma expresa a los de obras, suministro y servicios que reúnan ciertos requisitos. Un contrato especial podrá comprender prestaciones “muy próximas” a las de estos contratos típicos, pero en ningún caso habrá identidad entre las mismas. Su semejanza podrá ser significativa y su naturaleza la de un contrato administrativo, pero no cabe olvidar que otros contratos administrativos típicos se encuentran fuera del ámbito objetivo del contrato menor, sin una proscripción legal expresa, pese a su “semejanza” o “proximidad” específica a los de obras o servicios.

Resulta a mi juicio discutible deducir que no está vedada esta posibilidad *ex lege* por el hecho de que no aparezca expresamente prohibida en

el art. 118 LCSP sin realizar un mínimo esfuerzo de interpretación literal y sistemática del precepto a la luz, entre otros muchos factores, de su propia tramitación parlamentaria. Su enunciado resulta suficientemente explícito al determinar el objeto de los contratos menores sin que parezca una técnica normativa deseable, menos aún en el caso de la LCSP, excesivamente prolija y reglamentada, aspirar a que todo aparezca concretado hasta su último extremo en el enunciado de los preceptos legales, anudando por vía interpretativa efectos permisivos a cuanto no aparezca expresamente prohibido, flexibilizando, incluso, su propia literalidad y poniéndola en entredicho para ello.

Esta restricción se encontraría, en todo caso, avalada por la propia configuración legal de otros procedimientos de adjudicación novedosos que pretenden impulsarse ahora como alternativa a la contratación menor, a causa del indiscutible menoscabo que implica en la aplicación a la contratación pública de los principios de publicidad, igualdad de oportunidades y libre competencia²⁰. No en vano, conforme a la STC 141/1993, de 22 de abril, “la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las administraciones públicas”²¹.

¿Tiene sentido imponer en este contexto a las entidades del sector público el deber, entre otros, de programar su actividad de contratación pública o alumbrar nuevos procedimientos de adjudicación más abreviados que los tradicionales, a título de ejemplo, el abierto simplificado, en especial su versión sumaria, para continuar engrosando, simultáneamente, el ámbito objetivo de la contratación menor basándose en su supuesta *vis atractiva* más allá de lo que ha dispuesto el propio legislador en relación con su régimen jurídico y con la determinación de su ámbito objetivo en la LCSP? Sin perjuicio de la interpretación que pudiera haber resultado procedente o aplicable en el pasado, la ley actual dice lo que expresa y no es preciso hacer encajar su enunciado en los pronunciamientos consultivos recaídos al amparo de regulaciones anteriores o acompañarla a la práctica contractual ordinaria seguida hasta su entrada en vigor, sino, más bien, adaptar los procedimientos, las interpretaciones y los usos contractuales existentes a las

20. Peláez y Peláez (2021) abordan los efectos de los principios generales de la contratación sobre el contrato menor, dedicando especial atención al fugaz principio de rotación en su adjudicación, que sería finalmente desactivado por la doctrina, a su juicio desacertada, de los órganos consultivos, y su sanción normativa posterior.

21. FJ 5. En el mismo sentido las SSTC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 6 B); 162/2009, de 29 de junio, FJ 4; 56/2014, FJ 3 a); 237/2015, FJ 2; 68/2021, de 18 de marzo, FJ 5 E) a).

nuevas exigencias legales aplicables, por lo que aquí interesa, en materia de contratación menor. Todo ello sin perder de vista el propio tenor literal del art. 118 y la necesidad de su interpretación sistemática a partir de su tramitación parlamentaria y de los fines de la propia ley.

b) El Informe JCCA 67/1996, de 18 de diciembre, si bien se refiere de manera específica a la admisibilidad del procedimiento negociado para la adjudicación de contratos privados, sirvió posteriormente de fundamento para el Informe 4/1998, de 2 de marzo, sobre la utilización de la categoría de la contratación menor en relación con los mismos. El primero recuerda que los contratos privados se caracterizan “de manera residual como los que no sean contratos administrativos típicos o especiales”, y, tras subrayar el régimen jurídico que les resulta de aplicación, concluye que “como se ha señalado gráficamente por algún sector doctrinal la sujeción de los contratos privados de la Administración a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es una sujeción de ‘menor grado’ o ‘menos intensa’ que la de los propios contratos administrativos”.

El segundo extiende a los contratos privados el manto de la contratación menor, en cuanto comprende “normas sobre preparación y adjudicación de los contratos, al igual que las de utilización del procedimiento negociado a que se refería el informe de 18 de diciembre de 1996”. Se trata de una doctrina reiterada con posterioridad por los informes 41/1998, de 16 de diciembre, 18/2007, de 26 de marzo, y 33/2009, de 1 de febrero de 2010, así como, desde el enunciado del actualmente vigente art. 118 LCSP, por los más próximos en el tiempo 7/2018, 36/2018 y 57/2018, todos ellos de 2 de julio, si bien, en relación con estos tres últimos, resulta relevante que su prestación matriz son servicios que tienen carácter privado por expresa atribución legal. Por idénticas razones a las expresadas ya en relación con los contratos administrativos especiales, entiendo que la extensión de la contratación menor a los contratos privados resultará factible siempre que su prestación encaje en el ámbito objetivo –obras, suministros o servicios– y cumpla con los requerimientos expresamente enunciados al efecto por el art. 118 LCSP.

c) Sostiene, por lo demás, el citado Informe 67/1996, de 18 de diciembre, que “lo hasta aquí razonado respecto de los contratos privados de la Administración es perfectamente extensible [...] a los contratos mixtos en el art. 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [...]; basta la simple lectura [...] para comprender que [en el art. 6] no se contiene una regulación de los mismos, sino una remisión [...] a la normativa específica de la prestación económica más importante en los contratos mixtos”.

Pues bien, el preámbulo de la LCSP destaca que, “respecto de la preparación y adjudicación, la regla general es que al contrato mixto se le aplican,

según los casos, las normas del contrato cuya prestación sea la principal o cuyo valor estimado sea más elevado”, si bien, “en cuanto a los efectos y extinción, la Ley hace remisión a lo que se establezca en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas”. En efecto, frente a la ambigüedad de regulaciones anteriores, el art. 18.1 de la ley vigente remite el régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos mixtos a lo dispuesto en el art. 122.2, imponiendo como preceptiva la aprobación en estos supuestos de pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Entiendo por ello que la calificación del contrato mixto conforme a las reglas del art. 18.1 LCSP como uno de los contratos administrativos típicos regulados no bastaría, por sí misma, atendiendo al razonamiento del citado informe de 1996, para afirmar la aplicabilidad a estos contratos del art. 118 LCSP, en cuanto resultaría incongruente la tramitación de su preparación y adjudicación como contrato menor con la regulación dispuesta por el propio legislador para el despliegue ulterior de su eficacia. Si conforme al art. 39.2 h) LCSP son nulos de pleno derecho los contratos mixtos celebrados si concurre “la falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122”, con mayor razón si se adjudicaran como contrato menor sin pliego de cláusulas administrativas particulares.

1.2

La evolución de los requerimientos formales exigidos legalmente para su adjudicación y perfección

Rotulado “expediente de contratación en contratos menores”, el art. 118 establece el régimen jurídico aplicable a este procedimiento simplificado de adjudicación. De un lado, delimita en su apdo. 1 el ámbito objetivo del contrato menor. De otro, detalla en sus apdos. 2 a 6 los requerimientos formales de obligado cumplimiento al tramitar su expediente. Con ello se otorga especial trascendencia, por brevísima que sea, a la fase de preparación contractual. No en vano, la LCSP exige trámites desconocidos hasta entonces en el procedimiento de contratación menor.

Se trata, en líneas generales, de un precepto confuso, poco claro en su enunciado, que no agota la regulación legal aplicable al contrato menor, dadas las múltiples referencias que salpican el texto de la ley al respecto²², y

22. Se muestra especialmente crítico con ello Villanueva Cuevas (2019a: 368). En efecto, son numerosos los preceptos de la ley que se refieren al contrato menor. Así, entre los más relevantes, los arts. 29, apdos. 7 y 8 (duración y prórroga), 36.1 (excepción de perfección contractual), 131.3 (capacidad de obrar y habilitación profesional necesaria de adjudicatario), 131.4 (prestacio-

que planteó, como corolario ineludible, múltiples dudas interpretativas desde la aprobación de la ley, obligando a abordar y acotar el alcance exacto de sus prescripciones por vía interpretativa. El Informe JCCA 3/2018, de 13 de febrero, de Aragón, adoptado a escasos tres meses de la aprobación de la LCSP, pero antes, en todo caso, de su entrada en vigor el 9 de marzo del mismo año, resulta sumamente revelador de la magnitud de la tarea por delante ante las variadas y complejas incógnitas planteadas al respecto por la nueva ley y precisadas de un especial esfuerzo interpretativo:

“Si bien la dogmática jurídica moderna se basa en gran medida en la autonomía de la *voluntas legis* respecto a la *voluntas legislatoris*, en función de elementos como la interpretación sistemática o ‘contexto’ o ‘la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas’, como se establece en el art. 3.1 del Código Civil, en este caso la proximidad de la aprobación obliga a tener especialmente en cuenta la voluntad del legislador, el ‘espíritu y finalidad’ que se ha pretendido dar a la norma, tal como se desprenden de los trabajos parlamentarios, dado el protagonismo inhabitual que la tramitación parlamentaria ha tenido en la configuración de la nueva Ley.

Por otra parte, esa importancia que ha tenido en la configuración de la LCSP la tramitación parlamentaria comporta dificultades adicionales para aplicar interpretaciones sistemáticas o para confiar excesivamente en la exposición de motivos, que están más cercanas a las líneas y previsiones a que respondía el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno”.

1.2.1

La motivación de su necesidad y, en su caso, de la insuficiencia de medios

Conforme al primer inciso del art. 118.2 LCSP, “en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de

nes de asistencia sanitaria en casos de urgencia de valor estimado inferior a 30 000 euros), 153.2 (formalización), 63.4 y 154.5 (publicación), 308.2 (interdicción para contratación de personal), 310 (actividades docentes contratadas con personas físicas), 318 a) (celebración por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones públicas), 321.2 a) (contratos menores por entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores), 335.1 (remisión al Tribunal de Cuentas), 346.3 (inscripción en Registro de Contratos del Sector Público), disposición adicional primera (contratación en el extranjero), disposición adicional tercera (normas específicas de contratación pública en las entidades locales), disposición adicional novena (contratación del acceso a bases de datos y suscripción a publicaciones), disposición adicional quincuagésima cuarta (contratos menores celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación) y disposición final primera (consideración de mínimas de las exigencias que se establecen para los contratos menores en el art. 118.1).

contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato”²³. Se trata de un requisito que enlaza, sin duda, con el art. 28 de la ley, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y a la eficiencia en la contratación. De acuerdo con este, no basta con que el contrato resulte necesario para el cumplimiento y la realización de los fines institucionales de la entidad contratante en cada caso, sino que es preciso, además, fundamentar este extremo documentalmente y con precisión antes de iniciar siquiera la tramitación del procedimiento de adjudicación aplicable²⁴.

Por somera que sea la licitación en la contratación menor no hay duda de que este informe de necesidad se erige en presupuesto y motivación razonada del expediente en aras de la ansiada racionalidad y consistencia de la contratación del sector público²⁵, traduciéndose el art. 118.2, interpretado en conjunción con el 28, en el deber indisponible de que todo contrato menor persiga una finalidad concreta de interés público, dentro del ámbito de competencia del órgano de contratación correspondiente, debidamente expresada y razonada por escrito.

El Informe JCCPE 42/2017, de 2 de marzo de 2018, hace hincapié en que el informe de necesidad del contrato menor “debe tener un contenido sustantivo y propio”, sin que “pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio”, tratándose de “figuras diferentes”. Respecto a su alcance, la Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco, sostiene, de forma ilustrativa, que “la necesidad incluye la justificación de la externalización por no contar con medios propios personales o materiales, el interés público que respalda dicha necesidad y el que dicho interés no pueda satisfacerse con ningún otro contrato en vigor”. Sin que ello suponga exigir, en todo caso, trámites adicionales a los expresamente previstos por el legislador. Me refiero, en concreto, al debate planteado en torno a si es necesario incorporar al expediente de un contrato menor de servicios el informe de insuficiencia de medios exigido por el art. 116.4 f) LCSP.

En todo caso, la omisión del informe exigido por el art. 118.2 guarda cierto paralelismo con la inexistencia del informe justificativo de la insuficiencia de medios personales de la Administración para llevar a efecto el objeto del contrato de servicios, supuesto a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011, rec. 2757/2009, para calificarlo de “trámite del procedimiento esencial para proceder a la contratación externa”, sin que

23. Posibilidad que había sido reivindicada ya doctrinalmente. Así, a título de ejemplo, por Durán Ruiz de Eguilaz (2016: 75), destacando que, “aun sin ser un requerimiento legal”, habría de servir para “dotar a este procedimiento de una capa de transparencia”.

24. *Vid.*, con mayor profundidad, el comentario al art. 28 LCSP de Casares Marcos (2017a: 160).

25. En esta misma línea, Delgado Fernández (2017: 26).

“pueda considerarse simplemente como un mero requisito de forma, o una simple deficiencia de motivación”.

Este último precepto regula la iniciación y el contenido de los expedientes de contratación que por su umbral no cualifican como menores. El contrato menor ha de ser necesariamente alternativo y diverso al resto, significándose, tal y como ha sido articulado su régimen jurídico, por su carácter abreviado y por la reducción a la mínima expresión de los controles contractuales tanto *ex ante* como *ex post*²⁶. La tramitación simplificada que supone la contratación menor implica, en consecuencia, la supresión de trámites entre los que se encontraría precisamente este informe.

La escasa cuantía del contrato menor de servicios, necesariamente inferior a 15 000 euros, y el preceptivo informe del órgano de contratación justificando motivadamente su necesidad serían, en principio, suficientes para dotarle de cobertura conforme al enunciado del art. 118 LCSP²⁷. No deja lugar a dudas el rótulo de este último precepto, que regula precisamente el expediente de contratación en los contratos menores, no requisitos o trámites adicionales a sumar a los ya previstos en los preceptos anteriores para los contratos mayores o de tramitación ordinaria (arts. 116 y 117 LCSP).

Su exigibilidad no deriva, en todo caso, del art. 116²⁸, sino del art. 30.3 LCSP, que impone, como regla general, la prestación ordinaria de servicios por la propia Administración por sus propios medios, admitiendo, no obstante, su contratación “cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente”. El precepto, que conforme a la disposición final 1.ª de la ley carece de carácter básico, resulta meridianamente claro en su tenor literal y se aplicará al ámbito local como legislación supletoria en ausencia de regulación específica al efecto. En suma, la interpretación sistemática y teleológica del art. 118 a la vista de los arts. 28 y 30.3 LCSP exige un informe de necesidad donde habrá de justificarse, precisamente, por qué resulta pertinente el servicio y las razones de su externalización, lo que supondrá sin duda una reflexión a la luz de los medios a disposición de la entidad contratante, sin que por ello quepa exigir un trámite adicional o la aplicación parcial del art. 116 a un expediente de contrato menor.

26. ¿Tendría algún sentido la previsión legal de la contratación menor si no fuera así? No comparto por ello la conclusión de Pintos Santiago (2022: 3) por la que al contrato menor de servicios deberá añadirse, conforme al art. 116.4 f) LCSP, el informe de insuficiencia de medios en que se justifique la carencia de medios personales y/o materiales para el desarrollo del contrato, “so pretexto de nulidad del contrato”.

27. Para Peláez Muras (2021: 47) “es posible y deseable reducir su uso [...], pero no a costa de convertir estos en pequeñas licitaciones que reproduzcan, a escala, los trámites de procedimientos que se diseñaron pensando en contratos de un importe económico mucho más elevado”.

28. Como coligen Pintos y De la Morena (2019: 47).

Resulta aplicable, en fin, lo dispuesto en relación con la motivación de las resoluciones administrativas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pudiendo optar el órgano de contratación por una motivación sucinta, si bien expresa, en ningún caso genérica o meramente formularia²⁹, o por motivar *in aliunde* e incorporar a su texto, en virtud del art. 88.6, los informes o dictámenes aceptados, si los hubiera, que habrían de servir así de motivación a la resolución³⁰.

La emisión del informe de necesidad y la suficiencia de su motivación es un extremo sometido, en todo caso, a control judicial. No en vano, corresponde a los tribunales controlar el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican. Conviene subrayar a tal efecto que conforme al art. 38 b) de la LCSP son inválidos los contratos menores celebrados “cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho Administrativo a que se refieren los artículos. siguientes”. El art. 39.1 de la Ley remite, a su vez, para la determinación de las causas de nulidad a las previstas en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme a cuyo apdo. 1 e) será nulo de pleno derecho el contrato menor dictado “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”³¹.

Debe considerarse así, en mi opinión, la ausencia de informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, exigencia del art. 118.1 de la LCSP que conecta directamente con el art. 28 de la Ley y con el objeto principal de la misma, de forma que su ausencia supone prescindir por completo de la fase preparatoria del contrato menor³². Otra cosa, más compleja y delicada, será la posible ponderación judicial de su insuficiencia para determinar la invalidez del contrato, tema que enlaza de lleno, como

29. Como bien señala Moreno Ibáñez (2018: 3), las motivaciones genéricas o formularias desnaturalizarían la exigencia legal y convertirían el informe “en un mero trámite burocrático de escaso valor administrativo”. En idéntico sentido, Carbonero Gallardo (2020: 4 y ss.).

30. De motivación indirecta habla Gallego Córcoles (2008: 279) al referirse a esta remisión, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto si constan en el expediente administrativo tales informes y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica *in aliunde* satisfaría las exigencias de la motivación, pues permitiría al receptor del acto conocer la justificación de lo decidido por la Administración.

31. Enríquez Mosquera (2020) profundiza en la necesidad de incoar un procedimiento de revisión de oficio en estos supuestos de nulidad y en la inadecuación al respecto del reconocimiento extrajudicial de créditos a la vista de la jurisprudencia recaída sobre el particular.

32. Cabe traer a colación, a tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional 2666/2018, de 6 de junio, rec. 1007/2016, que tras profundizar en la diversa entidad de las infracciones del ordenamiento jurídico a que puede dar lugar la omisión de trámites en los expedientes de contratación concluye, por lo que se refiere al caso de autos, que “los supuestos de contratación verbal sin procedimiento alguno no se pueden convalidar al ser nulos de pleno derecho”.

se comprende, con el difícil y espinoso asunto del control de la discrecionalidad administrativa³³.

1.2.2

La justificación de la inexistencia de fraccionamiento indebido a causa de su adjudicación

El art. 118.2 *in fine* LCSP requiere información adicional sobre un aspecto diverso al de la mera necesidad del contrato menor. Si el requisito abordado en el epígrafe anterior va dirigido a razonar la idoneidad del que se pretende celebrar para evidenciar su auténtica causa, esto es, la congruencia entre su finalidad y objeto, esta segunda vertiente conecta, en cambio, con la limitación inherente a la contratación menor por razón de su cuantía para exigir la oportuna justificación de que no se supera en cada caso el umbral dispuesto al efecto por la LCSP. Y así, dispone el precepto que “en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior”, concretamente, 40 000 euros en el caso de contratos de obras, y 15 000 para los de suministro o servicios³⁴.

La exigencia enlaza, sin duda, con la prohibición general que establece el art. 99.2 LCSP de fraccionar un contrato “con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”, que bien pudiera parecer hasta cierto punto contradictoria con que disponga a continuación el apdo. 3 que, “siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes”. Pues bien, el órgano de contratación podrá optar por no dividir en lotes el objeto contractual, si bien tan solo podrá hacerlo “cuando existan motivos válidos” y siempre que estos se justifiquen “debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”. En este último supuesto, y con el fin de aumentar la competencia³⁵,

33. Coincido, en todo caso, con Terrón Santos (2019) cuando afirma que se antoja ahora *prima facie* “complicado poder justificar el acudir a la contratación menor, en aras de razones tales como el plazo o la necesaria inmediatez de la prestación”.

34. Sobre el contrato menor y el fraccionamiento indebido de su objeto contractual puede verse Casares Marcos (2020: 291 y ss.).

35. El decidido apoyo europeo a la participación y acceso de las pymes a la contratación pública encuentra reflejo en el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero,

el poder adjudicador decidirá discrecionalmente y de forma autónoma no solo acerca de la conveniencia de dividir el contrato en lotes, motivándola por escrito en caso de apreciarla, sino también sobre la propia magnitud y el contenido de cada uno ellos, sin que la ley ofrezca, por lo demás, excesivas pautas al respecto³⁶.

El legislador nos sitúa, en suma, ante dos tipos de fraccionamiento del contrato público. De un lado, aquel legalmente posible e incluso exigido, respecto al que cabe hablar de mandato legal en cuanto el órgano de contratación deberá justificar su opción por no dividir en lotes “debidamente”, es decir, suficiente y adecuadamente, pese a tratarse de una decisión discrecional³⁷. De otro lado, la segmentación ilegal del contrato, sobre la que guarda, pese a prohibirla, un silencio en verdad molesto para el intérprete y el operador jurídico³⁸. La ausencia de pautas concretas en el texto legal obliga a acudir, como se había venido haciendo al amparo del TRLCSP inmediatamente anterior, a la doctrina de los órganos consultivos y fiscalizadores, a fin de extraer algunas reglas que puedan proporcionar hitos o estándares que faciliten marcar la divisoria en cuanto a la irregularidad del fraccionamiento contractual se refiere³⁹.

Resulta esencial, a tal efecto, el criterio de la unidad operativa, funcional o sustancial entre las diferentes prestaciones contractuales o partes de las mismas, en cuanto requisito que en caso de concurrir permitiría apreciar el fraccionamiento contractual ilícito⁴⁰. Su concreción en la práctica ha dado

al admitir que “esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos”.

36. Aunque sí ejemplifica, en los apartados a) y b) de su art. 99.3, algunos “motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato”.

37. Se refiere a la distinción entre fraccionamiento irregular y división en lotes Orquín Serano (2020: 4 y ss.), quien sintetiza la cuestión subrayando cómo, “cuando se fracciona irregularmente el objeto del contrato, el resultado de la fracción arroja un objeto incompleto, que necesita de las otras fracciones restantes para poder ser ejecutado correctamente por una empresa”, frente a la división en lotes, que se caracteriza porque “cada lote comprende un objeto perfectamente ejecutable por empresas diferentes, sin existir por ello ningún problema a la hora de su ejecución”.

38. Vázquez Matilla (2018: 2) pone el acento precisamente en la necesidad de “determinar correctamente el concepto de fraccionamiento del contrato”, sobre el que la LCSP, sin embargo, nada expresa.

39. Resulta de sumo interés el documento, elaborado por la Fundación FIASEP en 2013, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, en especial, las pp. 72 y ss., relativas al fraccionamiento indebido o fraudulento. Se trata de un documento técnico elaborado por su Comisión Técnica de Auditoría Pública para homogeneizar la ejecución de los trabajos y el tratamiento y contenido de los informes de auditoría en el sector público. Vázquez Matilla (2018) remite, asimismo, al “cuerpo jurisprudencial” elaborado en la materia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

40. Sostiene Durán Ruiz de Eguilaz (2016: 75) que el enjuiciamiento de su concurrencia “deberá ser objeto de estudio pormenorizado cada caso, según sus circunstancias e informa-

lugar a una prolija labor interpretativa por parte de instancias tanto consultivas como de control⁴¹.

Ya el Informe JCCA 31/2012, de 7 de mayo de 2013, señaló que “cabe entender que existe ‘unidad funcional’ si las diferentes prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que sufra menoscabo o detrimento la consecución del fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato en razón de la función que van a cumplir y no por su mayor o menor semejanza”, precisando la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Informe 6/2018, de 12 de julio, “que pueden ser elementos de referencia para ello la nomenclatura CPV (*Common Procurement Vocabulary* - Vocabulario Común de Contratación Pública), sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación pública en la Unión Europea, el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), la Clasificación central de productos (CPC), la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), o el Código genérico en el caso de los servicios sanitarios”.

Profundiza en ello, desde la perspectiva del contrato menor, el Informe JCCA de Canarias 1/2010, de 3 de febrero, que haciendo hincapié en el concepto doctrinal de contrato como institución jurídica, parte de sus elementos esenciales (sujeto, objeto y causa) para concluir “que existirá un único contrato cuando haya coincidencia en los tres citados elementos”, debiendo formalizarse contratos distintos “desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos”⁴². La Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, de la OIReScon precisa, en este sentido, que “el criterio relativo a la ‘Unidad funcional’ para distinguir si existe fraccionamiento en un contrato menor estriba en si se pueden separar las prestaciones que integran el citado contrato; y en el caso de que se separen, si las prestaciones cumplen una función económica o técnica por sí solas.

ción de la que se disponga”, sin que se pueda “presumir en base a criterios generales el posible carácter fraudulento del fraccionamiento”. En todo caso, para Martínez Fernández (2021: 6), aunque la modificación operada por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, eliminara el límite anteriormente impuesto a la celebración de contratos menores con el mismo contratista por encima del umbral legalmente definido, “un indicio de que existe un potencial fraccionamiento del contrato será, precisamente, que el operador económico haya superado ese límite”.

41. Recientemente, entre otros, Aradas García (2022: 3 y ss.) y Gavilán López (2023: 2 y ss.).

42. El Tribunal de Cuentas parte también de esta doctrina en sus informes 1046/2014, de 24 de julio, de fiscalización sobre las actuaciones realizadas por los ayuntamientos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, y, en especial, 1151/2016, de 27 de abril, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013.

Así, la justificación [requerida por el art. 118.2 LCSP] debe versar sobre la indispensable e intrínseca vinculación entre las prestaciones en cuestión para la consecución de un fin, esto es, la satisfacción de la necesidad que motiva la celebración del contrato”.

Sobre el momento exacto en que la justificación debe realizarse formal o documentalmente, aunque el art. 118.2 LCSP no indica nada al respecto, como bien señala el Informe JCCA de Galicia 1/2018, de 25 de abril, “lo correcto es que la concurrencia de los requisitos legales que determinan la posibilidad de utilización del contrato menor se comprueben en el momento en el que se efectúe el encargo”, siendo suficiente, en todo caso, ante la simplificación y brevedad de su tramitación, “que las justificaciones documentales expresadas consten en el expediente tramitado de acuerdo con el art. 118 con carácter previo a la aprobación del gasto”.

Este informe podrá emitirse, por lo demás, de forma conjunta con el de justificación de la necesidad del contrato menor o por separado. Así lo mantiene el Informe JCCA de la Comunidad de Madrid 1/2018, de 11 de abril, al sostener que ambos trámites “pueden cumplimentarse en el expediente mediante la inclusión de diferentes documentos o bien acumularse en dos o en uno solo, considerando que si las nuevas justificaciones exigidas en la tramitación del expediente del contrato menor se sustentasen en un único documento o resolución debería ir firmado por el órgano de contratación, sin perjuicio de la aplicación de las normas de delegación o desconcentración de competencias que procedan”.

En fin, la fijación del legislador por prevenir la alteración y parcelación fraudulenta del objeto contractual a través de varios contratos menores simultáneos o sucesivos, pone de relieve la trascendencia de la correcta programación previa por parte del sector público de sus necesidades en materia de contratación⁴³. Las distintas unidades del sector público deben planificar adecuadamente aquellas con las que cuenten y que quepa considerar, a todas luces, predecibles, esto es, que resulten previsibles, independientemente de que sean concretas y específicas para un momento temporal en particular o –aquí estaría la gran y polémica innovación– periódicas y recurrentes⁴⁴. Solo así podrán reducir al mínimo de forma racional y eficiente el número de contratos menores que celebren⁴⁵.

43. Como recuerda Durán Ruiz de Eguilaz (2016: 75 y ss.), “la correcta planificación previa de la contratación permite diseñar las licitaciones, conjugando tanto la simplificación y agilización del procedimiento de contratación, como el respeto total a la normativa y a los principios rectores de la contratación pública”.

44. Así lo subraya Vázquez Fernández (2019: 6 y ss.).

45. Vid. a tal efecto la recomendación efectuada por el Tribunal de Cuentas en su *Informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por Ayuntamientos de más de*

Sin esta programación se corre el riesgo de infringir los principios reguladores esenciales de la contratación pública, en particular, los de transparencia⁴⁶, legalidad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima⁴⁷. Así lo destaca, entre otros, el Dictamen 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias, que insta a depurar responsabilidades por el uso reiterado de la contratación menor para necesidades permanentes y mediante fraccionamiento fraudulento e ilícito del objeto contractual⁴⁸. Y es que no se trata tanto de extirpar y eliminar la contratación menor de la práctica del sector público como de reconducirla a unos cauces más adecuados.

Resulta ilustrativo al efecto el Informe JCCA 6/2016, de 27 de abril de 2017, relativo a “una multiplicidad de sucesivos contratos de mantenimiento preventivo y correctivo del parque de vehículos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de una determinada localidad”, cuando sostiene que “es cierto que cada contrato puede ejecutarse por separado y, de hecho, así ha ocurrido, pero en este supuesto que se plantea también lo es que todos ellos tienen el mismo objeto (bien el mantenimiento preventivo, bien el correctivo de los vehículos), que todos ellos aluden a prestaciones similares y sucesivas y que, aunque en este último tipo de mantenimiento cada una de las averías en cuestión puedan ser calificadas como distintas en cada caso, lo cierto es que todas ellas constituyen, por razón de los precedentes argu-

500.000 habitantes, ejercicio 2016, aprobado por el Pleno en su sesión de 19 de diciembre de 2019 (p. 95).

46. Siguiendo a Candela Talavero (2015: 201 y ss.), la aplicación de la transparencia al ámbito de la contratación menor no busca su supresión, sino que pretende garantizar, en última instancia, que su utilización sea objeto de una resolución motivada y su interpretación estricta, “vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado”.

47. Ya el Informe JCCA 69/2008, de 31 de marzo de 2009, disponía que “la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley” tendente a eludir la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad dependería del valor estimado del contrato.

48. En opinión de Vázquez Matilla (2020), ello no quiere decir que la prestación de un contrato menor no pueda reiterarse en el tiempo, sino que para hablar de fraccionamiento ilícito debe tratarse de una necesidad programable, invariable en sus elementos sustanciales y con precio y forma de pago determinables. Destaca en este punto la novedosa matización que introduce al respecto el Dictamen 211/2021, de 14 de abril, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, que mantiene que, “aunque los gastos recurrentes no han de adjudicarse a través del contrato menor, lo que tampoco parece lógico es que el contrato menor quede vedado para cualquier tipo de gasto recurrente, aun cuando sea de escasa cuantía (200 euros). Por ello, dado que los contratos recurrentes de servicios o suministros tienen una duración máxima de cinco años (art. 29.4 LCSP), a juicio de este Órgano consultivo, no se estaría ante un supuesto de fraccionamiento irregular de contrato en aquellos supuestos en los que el valor estimado del contrato menor sea igual o inferior a los 3.000 euros, en cómputo anual (no abonados mediante el sistema de anticipos de caja fija o similar), pues ni siquiera en su duración máxima de 5 años se alcanzarían los 15.000 euros, no soslayándose el umbral del contrato menor”. Del mismo modo, pese a tratarse de una necesidad periódica y recurrente, el Informe JCCPE 73/2018, de 15 de julio de 2019, ha admitido la posibilidad del contrato menor como puente para cubrir el lapso temporal necesario hasta la nueva contratación de un servicio considerado imprescindible por su naturaleza y cuya ejecución no deba interrumpirse.

mentos, una unidad funcional a los efectos y en los términos descritos en la normativa vigente. Parece razonable pensar que es ciertamente previsible que se vaya a producir un número importante de actuaciones de igual naturaleza a lo largo del año. Siendo esto así, la lógica indica que es perfectamente posible agrupar en un solo contrato todas las sucesivas actuaciones a desarrollar en el parque móvil, no sólo por razón de su unidad funcional evidente, sino también por causa del incremento de eficacia administrativa que en todos los aspectos representa la existencia de un solo contrato frente a una multiplicidad de los mismos”.

De ahí la indudable relevancia de la fiscalización *ex post* del contrato menor y la no menor repercusión de las consecuencias disciplinarias y penales que pudiera finalmente aparejar su mal uso⁴⁹. Aunque el tenor literal del art. 118.2 parece exigir la intención del contratante en relación con el fraccionamiento ilícito, el elemento defraudatorio no debiera resultar, pese a su innegable importancia, imprescindible para apreciar la ilegalidad del fraccionamiento, ya que lo esencial, a mi juicio, no es tanto el propósito con el que pudiera haberse alterado el objeto del contrato menor como la fractura en sí de aquello que no debió haberse desgajado nunca⁵⁰. Y así, la indebida utilización del contrato menor, sin atender a sus limitaciones legales y/o fraccionando el objeto contractual para eludir su licitación en concurrencia, ha desembocado en condenas penales por el delito de prevaricación tipificado en el Código Penal. Así, por ejemplo, en la Sentencia 259/2015, de 30 de abril, del Tribunal Supremo, confirmatoria de la de 6 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, por utilización reiterada y abusiva de la contratación menor con el único objetivo de eludir el procedimiento legalmente establecido; en relación con el encadenamiento de contratos para asesoría jurídica, en las sentencias 233/2017, de 6 de octubre, del Juzgado de lo Penal número 1 de Melilla, y 63/2018, de 5 de marzo, del Juzgado de lo Penal número 2 de Oviedo; o, respecto a la contratación de expositores para sucesivas ferias de turismo, en la Sentencia de 17 de abril de 2019, del Juzgado de lo Penal número 3 de Orihuela⁵¹.

49. Con mayor profundidad, Santiago Antuña (2021).

50. Pese a ello, el Informe JCCPE 72/2018, de 15 de julio de 2019, afirma que, “para fraccionar lícitamente el objeto de un contrato, amén de que la prestación sea divisible, es necesario que no haya ánimo defraudatorio, esto es, que en ningún caso la división sirva para infringir los principios de publicidad y de concurrencia, o se haga con la intención de eludir la aplicación de estos principios en el procedimiento de contratación”.

51. Sobre la fiscalización del contrato menor y los aspectos penales que plantea, *vid.* la interesante reflexión, así como la doctrina y jurisprudencia citadas por García Hernández (2016) y Vázquez Matilla (2023). Se refiere, asimismo, a las consecuencias penales derivadas de la adjudicación irregular de contratos del sector público, Esquivias Jaramillo (2015).

1.2.3

Otros requisitos legalmente exigidos para su adjudicación y perfección contractual

Informada la necesidad y el objeto del contrato menor, la LCSP exige algún otro criterio adicional para su adjudicación. En concreto, el art. 131.3 LCSP dispone que, en el marco del régimen jurídico dispuesto por el 118, podrá adjudicarse el contrato menor a cualquier empresario con capacidad de obrar que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación⁵². A tenor del Informe JCCA 21/2016, de 27 de abril de 2017, la norma exige la concurrencia de los requisitos de aptitud en el contratista, pero no su acreditación en el expediente, por lo que tan solo en caso de que la entidad contratante tenga dudas sobre la ausencia de alguno de estos requisitos deberá actuar para cerciorarse previamente de su presencia, pudiendo solicitar la documentación acreditativa necesaria al efecto. En todo caso, el informe concluye afirmando que “no es recomendable que esta posibilidad se convierta en la forma general de actuación del órgano de contratación, pues tal cosa alteraría la propia configuración jurídica del contrato menor”.

Por lo demás, su apdo. 3 apremia a aportar al expediente “la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan”⁵³. Se debe destacar la disparidad de criterios apreciable en la doctrina consultiva al precisar, entre otros extremos, las coordenadas temporales en que habría de ejercer el órgano de contratación su control de cada uno de estos trámites.

De un lado, mientras el Informe JCCPE 42/2017, de 2 de marzo de 2018, entendió que, pese a no establecer la ley un modo concreto de comprobación *ex post* del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, esta última resultaba recomendable, sin disponer, no obstante, formalidad específica alguna al respecto, el Informe 1/2018, de 25 de abril, de la JCCA de Galicia, y la Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco, estimaron que debía ser, en todo caso, un control previo a la aprobación del gasto, en cuanto lo correcto

52. El Informe JCCA 1/2009, de 25 de septiembre, fue taxativo al excluir la equiparación de “habilitación profesional” con “solvencia técnica o profesional”, para identificarla, en cambio, con “un requisito de legalidad” dirigido a “evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”. *Vid.*, con mayor profundidad, sobre los requisitos de aptitud del contratista en la contratación menor, Casares Marcos (2020: 297 y ss.).

53. Conforme al art. 153.2 LCSP, la existencia del contrato menor se acreditará, precisamente, con los documentos a que se refiere el art. 118.

sería comprobar la concurrencia de los requisitos legales que determinan el posible uso del contrato menor en el momento en el que se efectúa el encargo, exigiendo la segunda, incluso, alguna formalidad específica, ya fuera porque el órgano de contratación incorporara su justificación en el propio informe de motivación de la necesidad del contrato tras su verificación, o porque la incorporara a una memoria final específica al respecto, con indicación de que el objeto social de la empresa o bien la actividad económica de la persona física contratista se correspondían con el objeto contractual.

La reforma del art. 118 LCSP por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, simplifica la cuestión al zanjar en gran medida el debate acerca del carácter *ex ante* y/o *ex post* de este control, cuyo alcance modifica. El enunciado original del precepto exigía justificar que no se estuviera alterando el objeto contractual para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no hubiera suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superaran el umbral de la contratación menor, imponiendo simultáneamente de forma taxativa al órgano de contratación el deber de comprobar “el cumplimiento de dicha regla”. Ahora, en cambio, el tenor literal del art. 118 guarda silencio sobre cualquier deber público específico de comprobación, suprimiendo, además, la limitación por adjudicatario, de forma que tan solo se reduce a anudar la justificación de la necesidad del contrato menor y de la ausencia de alteración de su objeto contractual para evitar los umbrales económicos vigentes a “la emisión de un informe del órgano de contratación”, necesario, en cualquier caso, para “la tramitación del expediente” correspondiente. No tendría sentido alguno que este control fuera ulterior a la ejecución contractual. Ha de ser previo al encargo y a la aprobación del gasto, en cuanto solo podrá adjudicarse un contrato menor si concurren en su objeto y en la prestación comprometida los requisitos legales que permiten su uso.

De otro lado, se incorporará al expediente el acto de gestión financiera que corresponda, ya sea la aprobación del gasto *stricto sensu* o, de acuerdo con la disposición adicional 3.^a, apdo. 4, para los contratos celebrados en municipios de menos de 5000 habitantes, una certificación de existencia de crédito expedida por el Secretario Interventor o, en su caso, por el Interventor de la corporación local⁵⁴. Asimismo, conforme al art. 72 del Reglamento

54. Villanueva Cuevas (2019b: 64) se muestra crítico con que según esta disposición adicional 3.^a el órgano de fiscalización no tenga que asistir a la recepción material del contrato, en el caso de que sea menor, y con la exención de control acerca de sus repercusiones en el cumplimiento por la entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, habida cuenta de su eventual relevancia sobre todo en municipios de pequeño tamaño.

General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP)⁵⁵, se podrán celebrar diversos contratos menores con el mismo tipo de prestaciones en relación con un gasto de carácter genérico aprobado de forma conjunta, siempre que no se superen los umbrales fijados al respecto para la contratación menor y que el importe conjunto no exceda, lógicamente, del gasto total autorizado. En cualquier caso, los contratos menores no se encuentran sometidos a fiscalización previa a tenor de los arts. 151 a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y 219.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

De acuerdo con el ya citado art. 72 RGLCAP, en los contratos menores la factura podrá hacer las veces de documento contractual, como viene siendo el uso habitual⁵⁶, siempre que se ajuste a los requisitos establecidos al efecto por el vigente Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido⁵⁷, y que contenga, como mínimo, las menciones que establece el propio precepto en su primer apartado⁵⁸.

En el caso particular de suministros o servicios cuya prestación se acredite en el tráfico comercial por el correspondiente comprobante o recibo, no será necesario cumplir con los extremos anteriores, bastando con que aquel incluya al menos las menciones exigidas por el apdo. 3 del mismo artículo⁵⁹. Esta excepción vendría a confirmar, en opinión del Informe JCCA 17/2005, de 29 de junio, “la flexibilidad con que deben interpretarse los requisitos relativos a la tramitación de la adjudicación y ejecución de los contratos menores”, llevándole a concluir que aunque “no se entienden las dificultades para que figuren en las facturas firmas de funcionarios municipales, lo cierto es que en el precepto debe separarse la parte esencial –que se acredite la recepción– de la parte accidental –que sea mediante firma de funcionario municipal– y, en este sentido puede concluirse que la recepción igual se acredita con firma de un funcionario municipal que con la firma de un contratado laboral o miembro de la Corporación municipal”.

55. Aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

56. Acredita, en la línea de lo dispuesto por el art. 210 LCSP, el cumplimiento de lo contratado, su alcance y la recepción de la prestación, además de certificar su precio o importe final.

57. Aprobado por Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre.

58. Así, número y, en su caso, serie, siendo la numeración de las facturas correlativa; nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor; órgano que celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal; descripción del objeto del contrato, con expresión del servicio a que vaya destinado; precio del contrato; lugar y fecha de su emisión; y firma del funcionario que acredite la recepción.

59. De forma particular, la identidad de la empresa que lo emite, el objeto de la prestación, la fecha, el importe y la conformidad del servicio competente con la prestación recibida.

Nada obsta a que puedan tramitarse, durante el plazo de su duración contractual, certificaciones de obra, abonos a cuenta o pagos parciales con anterioridad al cumplimiento total de la prestación del contrato menor. El propio art. 72 RGLCAP contempla la posibilidad exigiendo, en todo caso, la expedición y entrega de la factura correspondiente con indicación expresa de esta circunstancia, y así lo ha avalado para los contratos menores el Informe JCCPE 63/2018, de 2 de julio⁶⁰.

Por otra parte, si el contrato menor fuera de obras, el apdo. 4 del art. 118 obliga a sumar al expediente su presupuesto, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. En estos contratos menores deberá emitirse, además, cuando los trabajos afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, informe por las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica, que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto⁶¹.

El legislador no exige, por lo demás, la consulta de ofertas económicas o técnicas a más de un licitador, ni la tramitación de procedimiento de adjudicación, la aprobación de pliegos de prescripciones técnicas o cláusulas administrativas particulares o la constitución, en fin, de mesa de contratación. Tampoco exige la constitución de garantía por el adjudicatario. La limitación de su duración temporal, la prohibición de prórroga y su propia naturaleza y finalidad han supuesto, además, la asunción pacífica de la ausencia en este tipo de contratos de la revisión de precios o, incluso, de *ius variandi*⁶².

Merece siquiera una mención somera, para terminar, el frenesí desatado respecto al alcance de la eventual exigibilidad de tres ofertas económicas para celebrar válidamente un contrato menor a causa de la aprobación por la OIReScon de su Instrucción 1/2019, de 28 de febrero. Con ser relevante en su contenido y especialmente trascendente el debate acerca de su carácter

60. Si bien la consulta y, por ende, el informe se refiere a abonos a cuenta o pagos parciales “en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado”, nada impediría, a mi juicio, su admisión en caso de que no se hubiera contemplado la posibilidad ante la entrega de prestaciones parciales realizadas, valoradas y cuantificables.

61. Informe regulado por el art. 235 LCSP. En el caso de que el contrato menor se adjudique por una entidad local, será de aplicación la especialidad recogida a este respecto en el apdo. 6 de la disposición adicional 3.ª de la ley, conforme al que “la supervisión podrá efectuarse por las oficinas o unidades competentes de la propia entidad contratante o, en el caso de municipios que carezcan de ellas, por las de la correspondiente Diputación provincial o Administración autonómica uniprovincial. En el acuerdo de aprobación de los proyectos se recogerá expresamente la referencia a la supervisión favorable del mismo”.

62. Casares Marcos (2020: 285). En todo caso, Pintos y De la Morena (2019: 49) abogan por su posible modificación siempre que no se superen sus límites cuantitativo y temporal y que se respeten los supuestos y las condiciones establecidas al efecto por la LCSP.

vinculante más allá del sector público meramente estatal⁶³, la publicación posterior por el organismo de una nota aclaratoria al efecto, habida cuenta, confesadamente, “de las consultas de distintas gerencias de universidades, entidades locales, y demás instituciones del sector público [...] en relación a la expresión: ‘el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos’ contenida en la Instrucción 1/2019”, permite apreciar cómo la OIREscon deja expedita la vía a no solicitar ofertas económicas adicionales cuando dicho trámite “no contribuya al fomento del principio de competencia”, “dificulte”, “impida”, o simplemente “suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata” las necesidades a satisfacer por el contrato menor correspondiente y que subyacen a su celebración. Pese a considerar que aquella solicitud mínima de tres presupuestos “satisface el principio de competencia” y entenderla plenamente cumplida en caso de optar por la publicidad de la licitación, la instrucción, apuntalada por su aclaración posterior, admite, sin lugar a dudas, cuando no se dé aquella publicidad en relación con un contrato menor, “justificar motivadamente la no procedencia de tal petición de ofertas” en los antecitados términos, de gran flexibilidad, por no decir enorme laxitud.

1.3

La adición por la doctrina consultiva de un nuevo requerimiento para la contratación menor en el ámbito local

A la vista del informe jurídico preceptivo del Secretario que exige la disposición adicional 3.^a, apdo. 8, LCSP para la aprobación de los expedientes de contratación de las entidades locales, el Informe 7/2019, de 3 de octubre, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña, sostiene su aplicación a todos los contratos, incluidos los menores, con independencia del número de habitantes del municipio contratante, si bien recayendo en todo caso su emisión en los municipios de gran población sobre la persona titular de la asesoría jurídica. Admite, no obstante, la aplicación en estos supuestos de la posibilidad prevista en la normativa reguladora del régimen jurídico de los funcionarios

63. En buena medida zanjado por la STC 68/2021, de 18 de marzo, FJ 8 A) b), al afirmar, al hilo de su análisis del art. 332 LCSP, que “la Oficina ejerce un amplio abanico de funciones de coordinación y supervisión del conjunto del sector público de contratación (apartado 6). En el ejercicio de algunas de ellas, como ocurre con el diseño y ejecución de la estrategia nacional de contratación pública, se invoca expresamente la coordinación con las comunidades autónomas y entidades locales [apartado 7 a)]; y, en otras, *se limitan sus efectos de forma exclusiva al sector público estatal*, como sucede con el carácter obligatorio de las instrucciones de la oficina [apartado 7 d)]”.

de la Administración local con habilitación de carácter nacional, de forma que se pueda sustituir el informe del Secretario por una nota de conformidad, tildándola de “adecuada e, incluso, necesaria, para preservar la agilidad que debe caracterizar los contratos menores”. “Considera adecuado insistir” en que este informe puede llevarse a cabo “juntamente, en un único documento”, con el resto de pronunciamientos jurídicos que deban integrar el expediente, “con la idea de que estos contratos sigan cumpliendo con la finalidad de posibilitar una rápida satisfacción de determinadas necesidades a través de un procedimiento ágil y sencillo”.

Se apoya para ello en diversos argumentos. De un lado, hace hincapié en que la propia disposición adicional 3.^a LCSP “excepciona expresamente la aplicación en los contratos menores de alguna de las normas que establece –en el apdo. 3, en relación con los actos de fiscalización–, a diferencia de lo que sucede con la obligación del informe jurídico que se analiza”. De otro, reconoce que, “mientras que en los procedimientos de los contratos no menores la fase interna de tramitación del expediente culmina con la resolución de aprobación, que al mismo tiempo dispone la apertura de la fase externa e implica la aprobación del gasto, en los contratos menores la tramitación del expediente no requiere este acto administrativo expreso y específico”, afirmando, no obstante, que “hay que tener presente, tanto el objetivo establecido en la propia exposición de motivos de la LCSP, de reducir ‘la contratación directa a situaciones extraordinarias’, como la finalidad que tiene la nueva regulación de los contratos menores contenida en la LCSP, de evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos, evitar que se cubran necesidades recurrentes o periódicas a través de contratos menores, bien por una planificación incorrecta o bien por un mal uso de estos contratos, y evitar la adjudicación directa de contratos menores de manera reiterada en la misma empresa”. Concluye por todo ello que “toma más importancia ahora en esta tipología contractual el control de legalidad que deba llevar a cabo la persona que tenga atribuida las funciones de asesoramiento jurídico en el órgano de contratación, en el caso que se analiza, el Secretario o Secretaria municipal”, extendiendo a la contratación menor, en consecuencia, sin ambages ni titubeos la obligación prevista en el apdo. 8 de la disposición adicional 3.^a LCSP “en pro de su utilización correcta, de la seguridad jurídica y de la garantía de la integridad”.

Se suma con posterioridad a esta misma interpretación el Informe JCCPE 21/2021, de 10 de junio, declarando, sobre la base de la citada disposición adicional, que “la cautela que la norma establece para garantizar la presencia de un informe jurídico previo a la aprobación del expediente no puede orillarse en el caso de los contratos menores de modo que, aunque el

art. 118 de la LCSP no mencione expresamente este informe, no cabe duda de que la voluntad de la ley es que cuando contrate una entidad local el Secretario se pronuncie también sobre la corrección del expediente”. Pese a lo forzado de la argumentación desarrollada, y aun reconociendo “que en los contratos menores la tramitación ha de ser muy rápida”, la JCCPE mantiene, sorprendentemente, que “por razón de su escasa cuantía, la emisión de cualquier informe, sea el de necesidad del contrato, el de respeto a la integridad del objeto, o el del Secretario sobre el expediente, no deberían tener una especial complejidad ni retrasar en modo alguno la tramitación del procedimiento”.

Ambos informes han dado lugar “a un cierto revuelo” al sumar un nuevo trámite a la contratación local menor que hasta el momento no se aplicaba en la mayoría de las entidades locales⁶⁴. Sin que medie reforma o desarrollo normativo alguno, se amplía por vía interpretativa el contenido del expediente del contrato menor⁶⁵, sin que ello encaje, propiamente, en lo dispuesto al efecto por el art. 3.1 del Código Civil. Si este establece que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”, no alcanza a entenderse el corolario al que arriba esta doctrina consultiva acerca de la preceptividad en materia de contratación local del citado informe de la secretaría⁶⁶.

Su exigencia no se desprende del enunciado legal⁶⁷. Tampoco del contexto. Los antecedentes históricos y legislativos de la LCSP apuntarían a todo lo contrario. Resulta asimismo patente, a la luz de su tramitación parlamentaria, que los requerimientos limitativos del contrato menor han de quedar circunscritos a los previstos de forma expresa en el propio texto legal, ha-

64. Así lo destaca Aradas García (2022: 22). Para Vázquez Matilla (2023: 7) otras juntas consultivas de contratación “podríamos decir que lo han hecho [pronunciarse] en contra o no han caído en ello”. Así, el Informe JCCPE 68/2018, de 9 de mayo de 2019, o los informes de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía 6/2018, de 12 de julio, y 13/2018, de 8 de octubre; la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana 8/2018, de 15 de junio; la JCCA de Galicia 1/2018, de 25 de abril; o la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIReScon.

65. Gavilán López (2023: 15).

66. De “juicio hermenéutico [...] demasiado quebradizo” habla Gallego Alcalá (2021: 7).

67. Más bien lo contrario. Frente a la mención y regulación expresa por el art. 116 LCSP de la “iniciación” del expediente de contratación y por el art. 117 de su “aprobación”, para la que se exige “resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación”, el art. 118 de la ley tan solo se refiere a la “tramitación del expediente”, exigiendo la incorporación al mismo de ciertos requisitos sin condicionar siquiera el momento en que habrán de sustanciarse. No es baladí este silencio de la norma, en cuanto el contrato menor es en sí mismo un procedimiento de adjudicación y no precisa de la aprobación del expediente para abrir al mercado la tramitación interna del expediente contractual.

biéndose rechazado enmiendas dirigidas a un mayor control y restricción de su empleo. La realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la ley tampoco alcanza a explicar que varios años después de su aprobación y entrada en vigor se adicione, repentinamente, un nuevo trámite al expediente del contrato menor en el ámbito local sobre el que nada se prevé de forma expresa en los preceptos dedicados a establecer su régimen jurídico. Aunque se pretenda justificar ahora su exigencia en atención al espíritu o finalidad que el legislador imprimió a la norma, se trata, sin duda, de un planteamiento meramente desiderativo, *wishful thinking*, acerca de cómo debiera ser la contratación pública menor, que aprovecha las deficiencias y la escasa calidad técnica de la norma para sustituir al legislador y completar su labor⁶⁸, obviando que no cabe distinguir donde no lo hace la ley y que no cabe crear obligaciones o restricciones en ausencia de habilitación legal expresa⁶⁹.

Se abandona, en suma, cualquier exégesis jurídica sistemática y realista en relación con lo que la ley realmente expresa, eludiendo, por lo demás, cualquier valoración del impacto de esta doctrina en la realidad y la práctica local cotidiana en función del tipo de corporación local afectada⁷⁰. Con ello se abren más incógnitas de las que, supuestamente, se despejan. Así, ¿qué consecuencias tendría la ausencia de este informe preceptivo? ¿Cuál sería, en todo caso, el marco de su análisis a la vista del contenido que integra con carácter general la función de asesoramiento legal preceptivo de la secretaría?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la Sentencia 31/2021, de 3 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Segovia, declara no ajustada a derecho, con los efectos de nulidad pertinentes, la adjudicación de un contrato menor por no cumplir el informe relativo a la ausencia de fraccionamiento ilícito con “los requisitos de motivación necesarios, dado que usa una fórmula estereotipada, que impide un adecuado control de las razones que a su juicio existen para entender que otros contratos menores tienen sustantividad propia que no son complementarias” del celebrado, y en particular, por lo que hace a nuestros efectos, por la ausencia de informe preceptivo del Secretario municipal, llegando a cuestionarse el órgano judicial *obiter dicta* la eventual validez en el supuesto de una nota

68. En idéntico sentido, Gavilán López (2023: 8).

69. También Gavilán López (2023: 18) sostiene que “al contrato menor no se le puede exigir en su procedimiento nada más que lo que está explícitamente determinado en la norma”.

70. Siguiendo a Gallego Alcalá (2021: 3 y ss.), más bien parece que ante el fracaso de la ley por convertir la contratación menor en residual y su realidad cotidiana en las corporaciones locales, se haya querido extender un requisito o garantía adicional a estos expedientes, que, por otra parte, “mal casa con la pretendida agilidad del procedimiento”.

de conformidad, dado que “en el presente caso no ha existido informe jurídico alguno, sino la realización de un informe con connotaciones jurídicas, debiendo entender que para efectuar un informe jurídico es necesario tener la capacitación profesional que lo da los estudios en Derecho”⁷¹.

La posible exigibilidad judicial de este nuevo requisito alumbrado por la doctrina consultiva parece apuntar a la nulidad del contrato local menor en caso de su ausencia, y abre la puerta a plantear la eventual responsabilidad disciplinaria o incluso penal por las irregularidades específicas que pudieran acompañar a su omisión. Se comprende, pues, que este nuevo requisito no sea un asunto trivial ni suponga un mero acto de trámite a despachar sin excesiva reflexión o esfuerzo por cualquier empleado público de la corporación local⁷².

Ahora bien, ¿en qué función de asesoramiento legal preceptivo de las relacionadas por el art. 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, encaja este nuevo informe previo? ¿Cabe afirmar, ante el silencio atronador de la LCSP al respecto, que es un informe previo exigido por un precepto legal conforme a su apartado b) o un informe emitido a instancias de la legislación sectorial a tenor del h), cuando más bien se trata de un informe inferido por la doctrina consultiva por vía interpretativa del supuesto ánimo del precepto legal y, por ende, susceptible de argumentación en contrario y de valoración diversa en vía judicial?⁷³

A mi modo de ver, resulta inaudito que los requisitos preceptivos aplicables a la contratación menor de las entidades locales deban inferirse de esta manera de una norma de rango legal como la LCSP, que ocupa casi 300 páginas del Boletín Oficial del Estado, mientras que el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (RCCL), que apenas precisó de 8, fuera capaz de establecer con suficiente claridad en su art. 20 que antes de acogerse la corporación local a las excepciones que permitían el concierto directo de los contratos cuyo importe total se encontrara por debajo de lo fijado en el art. 41, el Secretario debía

71. Ratifica poco después su argumentación en la Sentencia 105/2021, de 28 de junio, declarando de nuevo no ajustada a derecho la adjudicación contractual por no justificar adecuadamente la necesidad del contrato menor ante el desarrollo continuado de la prestación durante un período de 9 años a través de contratos menores sucesivos, “lo que supone que no se cubrían necesidades coyunturales sino estructural, siendo las razones meramente formales para justificar la opción por el contrato menor”, y la ausencia de informe del Secretario municipal, causa de nulidad adicional de la resolución impugnada.

72. De ahí que Gavilán López (2023: 21) haya denunciado la “ralentización notable de la tramitación” que implica y que ha hecho saltar “todas las alarmas”.

73. Gallego Alcalá (2021: 12) recuerda que una cosa es que el legislador regule un trámite como obligatorio “y otra bien distinta es que dicho informe merezca carácter potestativo y pudiera juzgarse necesaria su emisión previa al dictado del acto, fruto de determinadas dudas jurídicas”.

hacer constar “que, a su juicio, han quedado debidamente justificadas, y en otro caso, formulará advertencia de manifiesta ilegalidad y deberá negarse a autorizar los documentos que en lo sucesivo hubieren de formalizarse”⁷⁴. En el actual escenario de franca incertidumbre jurídica para la contratación pública local urge clarificar por vía legal, entre otras muchas cuestiones, la obligatoriedad y, en su caso, naturaleza y caracteres esenciales de este informe, en definitiva, su alcance y los requisitos que habrían de acompañarlo caso de requerirse su concurrencia⁷⁵, así como las consecuencias de todo tipo derivadas de su inexistencia o de su mera insuficiencia⁷⁶.

2

La ilusoria erradicación de la contratación menor local

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tiene por objeto, entre otros propósitos enunciados por su art. 1, “ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública”⁷⁷. A tal fin alumbró una serie de obligaciones de publicidad activa aplicables a las Administraciones, organismos, entidades e instituciones públicas que integran su ámbito subjetivo de aplicación de acuerdo con el art. 2 de la ley, en el que se encuentran incluidas, en particular, las entidades que integran la Administración local, las asociaciones que constituyeran y los órganos de cooperación en que participaran, “en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones” del título I de la ley⁷⁸.

Entre ellas se encuentra la de hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria indicados en su art. 8, específicamente, la relacionada con la licitación contractual. Son tres sus previsiones esenciales al respecto:

⁷⁴. Este Reglamento fue derogado definitivamente por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁷⁵. *Vid.* con carácter general, sobre las misiones que cumple el informe como categoría jurídica, las formalidades que se le imponen al efecto en el ámbito local y su validez, Chaves García (2019).

⁷⁶. *Cfr.* Vázquez Matilla (2023: 14).

⁷⁷. A fin de que la ética sea “la clave de bóveda de la actuación política”, en expresión de Candela Talavera (2015: 204). Sobre el valor de la transparencia y el contexto en que se aprueba la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *vid.* Casares Marcos (2015: 183 y ss.).

⁷⁸. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones citadas recaerá sobre la Administración que ostente la secretaría del órgano de cooperación. En todo caso, la remisión del art. 2 i) al art. 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Conferencias Sectoriales y otros órganos de cooperación, debe entenderse realizada hoy a los arts. 145 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, actualmente vigente.

a) De un lado, se publicarán todos los contratos celebrados, indicando expresamente su objeto, duración, el importe de la licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones y decisiones de desistimiento y renuncia que hubieran podido producirse. El tenor literal del art. 8.1 a) alcanza también a la contratación menor, si bien prevé de forma expresa que la publicación de la información relativa a los contratos menores “podrá” realizarse trimestralmente, facilitando con ello su gestión agrupada.

La imprecisión y la escasa calidad técnica del apartado plantearon inicialmente incógnitas acerca del posible carácter potestativo de esta publicidad activa en relación con la contratación menor. Cualquier duda quedó definitivamente zanjada tras la aprobación de la LCSP⁷⁹. De acuerdo con su art. 63.4, “deberá” realizarse “al menos” trimestralmente, y comprenderá “al menos” su objeto, duración, importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario, tomándose esta última precisamente como criterio de ordenación de todos los contratos menores celebrados⁸⁰.

b) De otro, se divulgarán los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. Conviene recordar, a tal efecto, que la contratación menor no es sino un procedimiento más de adjudicación de los contratos del sector público, revelándose la publicación de esta estadística de una utilidad indudable para conocer el peso real de la contratación menor en cada corporación local, si bien habría resultado deseable, a mi juicio, una mayor concreción a efectos de poder conocer el porcentaje de contratos adjudicados como menores sobre el número total de licitaciones efectuadas por la corporación y, a su vez, el porcentaje que representan desde la perspectiva de su importe en relación con el gasto presupuestario destinado a sufragar la totalidad de compromisos que hubiera adquirido contractualmente la corporación.

79. *Vid.*, con mayor profundidad, sobre la transparencia y publicidad en la contratación menor, Casares Marcos (2020: 302 y ss.) y Puerta Seguido (2021).

80. Martínez Fernández (2021: 9) se hace eco, en todo caso, de la discrepancia que cabe apreciar entre la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de OIReScon, conforme a la que deberán publicarse los contratos menores respecto de los que exista compromiso de gasto y comunicación de la adjudicación al contratista, con independencia de que la factura se hubiera incorporado o no al expediente, y el Informe JCCPE 46/2018, de 9 de mayo de 2019, que considera, en cambio, que la factura es precisamente la prueba de la realización del contrato menor, debiendo publicarse aquellos que cuenten con ella en su expediente. Un nuevo ámbito de inseguridad y dudas para la entidad local contratante.

c) A ello se suma, en tercer lugar, la nueva exigencia incorporada por la Ley 14/2022, de 8 de julio⁸¹, de publicar información estadística sobre el porcentaje de participación en contratos adjudicados, tanto en relación con su número como en relación con su valor, de la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes), así entendidas según el anexo I del Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, para cada uno de los procedimientos y tipologías previstas en la legislación de contratos del sector público. El propio preámbulo de la ley de reforma subraya cómo en España las pymes suponen el 99,8 % del total del tejido empresarial, representando poco más del 62 % del valor añadido bruto y el 64,2 % del empleo empresarial total, estimándose, sin embargo, que el porcentaje total de contratos públicos que se les adjudicaron en España en el año 2017 fue de un 29,45 %, “aún lejos de una ratio deseada”⁸².

La escasa participación de las pymes en la contratación pública justificaría, así, la modificación efectuada, en sintonía, asimismo, con la recomendación del Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública de España, de diciembre de 2019, de la OIReScon, de elaborar instrumentos necesarios para efectuar un seguimiento adecuado del grado de participación de las pymes en el sistema de contratación.

Estas obligaciones de publicidad activa a cargo de las entidades locales contratantes se completan, en todo caso, con otros deberes correlativos de remisión a órganos de control de información sobre los contratos menores adjudicados. Por una parte, al Registro de Contratos del Sector Público, a tenor de lo dispuesto por el art. 346.3 LCSP; por otra, al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma correspondiente, de acuerdo con el art. 335 LCSP.

A la vista de esta regulación me pregunto: ¿cómo puede ser que, pese a la multiplicación desde 2013 de trámites y gestiones administrativas dirigidas a garantizar una mayor transparencia sobre estos contratos, sigamos sin contar con una foto fija que permita no solo valorar el peso ponderado de la contratación menor en el sector público, en particular, en la práctica contractual local, sino también identificar posibles causas de las disfunciones accidentales que pudieran plantearse al efecto, y extraer conclusiones

81. Ley 14/2022, de 8 de julio, de modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el fin de regular las estadísticas de las microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública.

82. Se hace eco de ello el informe *Estudios Económicos de la OCDE. España. Noviembre 2018* (p. 61), que sitúa a las pymes en un 28 % de los adjudicatarios de procedimientos de contratación pública en España durante el año 2017, porcentaje muy inferior al promedio de la Unión Europea, que fue del 52 %.

válidas que faciliten el diseño y la implementación de vías de adjudicación contractual realmente alternativas a su empleo?

2.1

La asfixia de las entidades locales a manos de su régimen jurídico: racionalización y sostenibilidad en términos de uniformidad y estabilidad presupuestaria

Pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LCSP, la OIReScon sigue poniendo de relieve la ausencia de datos agregados respecto a la contratación menor del sector público, lo que imposibilita su análisis sistematizado, por lo que recomienda su publicación “en todos los casos en formato abierto y reutilizable, de tal forma que fuese posible una agregación de toda la información (independientemente de la plataforma en la que estén publicados) que permitiese, a su vez, obtener una imagen fiel y realista del volumen de la contratación menor en nuestro país, información que, de momento, no es posible obtener con fiabilidad”⁸³.

Sí contamos, no obstante, con algunos indicadores que debieran, cuando menos, mover a la reflexión y a la acción a los poderes públicos con competencias en la materia para instar un cambio efectivo que permita abordar un análisis serio y riguroso de la situación de la contratación menor en el ámbito local. Me refiero, en concreto, al *Informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por Ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016*, del Tribunal de Cuentas, en el que se pone de manifiesto cómo el número de contratos menores celebrados por los ayuntamientos fiscalizados representa un porcentaje elevado respecto del total de sus contratos, oscilando entre el 77,82 % de Zaragoza y el 96,80 % de Valencia. Es cierto que el alto porcentaje de contrataciones por esta vía no alcanza igual magnitud desde la perspectiva de la cuantía adjudicada, siendo su importancia desde este punto de vista mucho más reducida, si bien el Tribunal de Cuentas destaca las “diferencias significativas” que cabe apreciar al respecto entre los distintos ayuntamientos. Mientras el importe adjudicado por contrato menor superaba el tercio del total en los de Málaga (34,11 %) o Sevilla (34,04 %), era mucho más reducido en los de Madrid (2,61 %) y Za-

83. Así lo afirma en su *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo V: la supervisión del principio de publicidad y transparencia en la contratación pública*, de octubre de 2022 (p. 50), recordando, además, que “el fraccionamiento de la contratación, especialmente en la contratación menor, ha sido identificado como uno de los mayores riesgos en la contratación pública por los órganos de control externos (Tribunal de Cuentas y OCEX) competentes en la materia”.

ragoza (5,40 %), situándose Valencia (20,34 %) y Barcelona (16,11 %) en una posición intermedia⁸⁴.

A resultas de las conclusiones alcanzadas en el ejercicio de su labor de control, el Tribunal de Cuentas formula a las entidades locales fiscalizadas varias recomendaciones, señaladamente, la conveniencia de “adoptar las medidas necesarias para mejorar los sistemas informáticos de registro y tratamiento de los datos relativos a la contratación, a fin de aumentar la fiabilidad tanto de la información que deben publicar en el Portal de Transparencia, como de la que deben remitir al Tribunal de Cuentas y, en su caso, al órgano de control externo de la respectiva Comunidad Autónoma”⁸⁵.

Dejando a un lado otras recomendaciones concretas del Tribunal de Cuentas sobre su mejor tramitación, se debe incidir en la clamorosa ausencia de datos fiables y contrastables que permitan conocer cuál es el estado de salud actual del contrato menor en el ámbito local. ¿Es, en realidad, tan robusto como para desplazar en la práctica a otros procedimientos de adjudicación más adecuados desde la perspectiva de la eficiencia y la estrategia contractuales? Las patologías que ocasionalmente salen a la luz respecto de supuestos concretos y contribuyen a lastrar su reputación, ¿son síntomas de una dolencia crónica o tan solo signos de un mal a extirpar de forma ocasional en alguna entidad del sector público local?⁸⁶ ¿Existe una divergencia irrazonable entre el porcentaje de contratos menores con irregularidades posteriormente contrastadas y el de otros, igualmente ilegales, licitados por otros procedimientos con publicidad? ¿A cuánto asciende la cuantía de la contratación menor reputada irregular, ya sea por no justificar adecuadamente su necesidad o por incurrir, en su caso, en un fraccionamiento ilícito, en términos de importe total adjudicado por la corporación local? ¿A cuánto asciende, por otra parte, la contratación menor de la entidad en términos porcentuales desde la perspectiva de su presupuesto anual?

Sorprende que, pese al papel fundamental que están llamados a desempeñar los entes locales en la proyección e implementación de la nueva contratación pública estratégica impulsada por la LCSP⁸⁷, esta haya dedicado tan poca atención a la especificidad de la problemática local y se haya

84. *Vid.* pp. 91 y ss.

85. *Vid.* p. 95.

86. *Vid.*, en tal sentido, con mayor profundidad, sobre la fiscalización del contrato menor en la Administración local, Furió Durán (2019: 135 y ss.).

87. Sobre el nuevo modelo de contratación pública impulsado por la Unión Europea que incorpora al lado de la eficiencia económica de su régimen jurídico la preocupación por la eficacia conformadora del progreso y avance social del gasto público y, con ello, la posible introducción en el desempeño contractual ordinario de finalidades de otras políticas, señaladamente, la social, ambiental y de innovación, *vid.*, por todos, Casares Marcos (2017b), así como Quintana López (2020).

limitado a incorporar tan solo algunas pinceladas en dos de sus disposiciones adicionales⁸⁸. Se trata de un silencio acorde, sin duda, a la desatención que recibe en nuestro ordenamiento jurídico la complejidad local y la profunda disparidad entre sus entes⁸⁹. La exasperante uniformidad del régimen jurídico contractual que les resulta en buena medida de aplicación enlaza, en este sentido, con el tratamiento que reciben las competencias locales por parte del legislador y con la excesiva rigidez con que se ha pergeñado su organización y gestión cotidiana.

He subrayado ya en otro lugar⁹⁰ que la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) fue una oportunidad malograda, a tal efecto, en cuanto no imprimió un cambio de rumbo⁹¹, sino que más bien intensificó la trayectoria seguida hasta el momento, que había redundado, directa o indirectamente, en una ralentización cuando no paralización de la denominada “segunda descentralización”, con la que se ansiaba el paso de competencias y de recursos para su desempeño desde las comunidades autónomas hacia las entidades locales⁹².

Aunque en ocasiones la lectura de la legislación sectorial haya podido dar la sensación de amparar una intervención efectiva de nuestras entidades locales en los asuntos que afectan a sus intereses, cabe apreciar, sin embargo, cómo se trata, en la mayoría de las ocasiones, de una intervención local puramente ejecutiva o de gestión, sin que corresponda realmente al ente local un auténtico poder de decisión o un mínimo resquicio para participar de forma efectiva en su adopción allí donde confluyen intereses supralocales⁹³.

En este contexto la LRSAL se traduce en la imposición de nuevas y estrictas limitaciones económicas y financieras en detrimento de la preeminencia de otros principios como los de descentralización territorial,

88. Concretamente en las disposiciones adicionales 2.^a, sobre las competencias en materia de contratación en las entidades locales, y 3.^a, que establece normas específicas de contratación pública en ellas. Se muestra crítico al respecto Furió Durán (2019: 116), para quien se trata de una “oportunidad perdida”.

89. De “reino de taifas” habla Furió Durán (2019: 141) para hacer hincapié en que “cada municipio o administración local mantiene unas peculiaridades características, dependiendo de su situación territorial, economía y población, determinando una realidad concreta organizativa y funcional de dicha administración” y exhortar a que “mantengamos unos principios generales para los contratos menores que sean adaptables a las circunstancias de cada Administración local”.

90. Casares Marcos (2022).

91. *Vid.*, por todos, Nieto Garrido (2018).

92. Esta descentralización se ha visto en gran medida lastrada por la necesidad de consolidar y desarrollar el nuevo Estado de la Autonomías, ocasionando, según Jiménez Asensio (2020: 16), “una acusada involución local en paralelo al fortalecimiento omnipresente de las Comunidades Autónomas”.

93. *Cfr.* Nieto Garrido (2018: 138).

subsidiariedad o proximidad al ciudadano⁹⁴. Antepuso, en definitiva, la economía, el ahorro y la eficiencia económica a cualquier otra consideración, sumándose así a la contención marcada por la reforma constitucional de 2011 y a la sujeción por el art. 135 CE al principio de estabilidad presupuestaria de las actuaciones de todas las Administraciones públicas. Constituye, en tal sentido, un agravio comparativo llamativo que el nuevo apdo. 2 de este precepto constitucional admita la existencia de un déficit estructural del Estado y las comunidades autónomas, que en ningún caso podrá superar los márgenes establecidos por la Unión Europea, frente a lo establecido, en cambio, para las entidades locales, obligadas a presentar equilibrio presupuestario de forma taxativa a partir de 2020⁹⁵. Se trata de garantizar que la Administración local sea más eficaz en términos presupuestarios y financieros y a corto plazo⁹⁶. De ahí la trascendencia de la reforma avalada por el Tribunal Constitucional⁹⁷.

Tras su entrada en vigor se agravan aún más las deficiencias tradicionalmente denunciadas por nuestra Administración local y que cabe cifrar en una hiperbólica imposición de competencias de mera ejecución o gestión por el legislador sectorial, su escasa capacidad de decidir sobre la propia esencia de su autonomía, la asfixia a causa de su disposición de recursos cada vez más limitados en términos financieros, materiales y humanos, la imposibilidad de abarcar de forma ágil y flexible las prestaciones y actuaciones que a pie de calle exigen y esperan los ciudadanos, la rigidez y burocracia de los procedimientos administrativos y contractuales pensados y regulados desde la perspectiva de un ministerio o consejería, sin tomar en consideración la desigual posición en que se encuentran la inmensa mayoría de las entidades locales de este país, no

94. Hasta el punto de que el art. 10.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone ahora que la coordinación de las entidades locales tendrá por objeto asegurar, en especial, el cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

95. Según la disposición adicional única de la Reforma del art. 135 CE, de 27 de septiembre de 2011. Sobre la incidencia de la reforma constitucional de 2011 en las bases de régimen local y, en concreto, la imposición por el art. 135 CE de la estabilidad presupuestaria a la conducta financiera de todas las Administraciones públicas, incluidas las entidades locales, mencionadas específicamente en su apdo. 2, se pronuncia de forma expresa la STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 3 a).

96. En este mismo sentido, Salvador Crespo (2019: 56).

97. La evolución restrictiva de la doctrina constitucional en relación con las posibilidades, los contornos y el núcleo mínimo de la autonomía local, fundada en buena medida, como destaca Zafra Víctor (2020: 166), en el aforismo *in dubio pro legislatore*, ha encontrado su máxima expresión en las SSTC 41/2016, de 3 de marzo, FFJJ 9 y 10, y 111/2016, de 9 de junio, FFJJ 10, 11 y 12, si bien se pronuncian asimismo sobre la constitucionalidad de diversos preceptos de la LRSAL las SSTC 168/2016, de 6 de octubre; 180/2016, de 20 de octubre; 44/2017, de 27 de abril; 45/2017, de 27 de abril; 54/2017, de 11 de mayo; 93/2017, de 6 de julio; 101/2017, de 20 de julio; y, en fin, 107/2017, de 21 de septiembre, dictada en el marco del conflicto en defensa de la autonomía local planteado por 2393 municipios respecto de diversos artículos de la Ley.

solo respecto de la Administración estatal o autonómica, sino incluso entre sí⁹⁸. Problemas como la despoblación, la dispersión geográfica de la población, su envejecimiento, la escasez de oportunidades laborales y de actividad económica, su lejanía de grandes infraestructuras de comunicación o de centros industriales, los obstáculos orográficos que dificultan cuando no impiden la prestación eficiente de los servicios públicos, son, entre otros muchos, factores que contribuyen a diferenciar a nuestros entes locales entre sí. Sus aprietos –imposibilidad incluso– para abarcar en muchas ocasiones lo esencial son evidentes, tanto más si hablamos de articular grandes estrategias y programaciones proyectadas desde construcciones y planteamientos teóricos accesibles para la Administración estatal o autonómica, los municipios de gran población o, quizá, los de más de 50 000 habitantes, pero fuera de cualquier alcance para muchas entidades locales de menor tamaño⁹⁹.

Ocurre algo de todo punto similar en relación con la reforma del ámbito de actuación de las diputaciones provinciales, o entidades equivalentes que las sustituyan¹⁰⁰. La autonomía garantizada constitucionalmente a la provincia se articula a partir de la asegurada al municipio, por lo que su ámbito competencial se define, como es natural, a partir del municipal¹⁰¹. Se contemplan ahora ciertos umbrales poblacionales por debajo de los que corresponderá necesariamente a la diputación o entidad equivalente asumir la prestación de determinados servicios¹⁰². Con ello el legislador impulsa la posibilidad de que las provincias se hagan cargo de actividades municipa-

98. Así lo subraya también Almeida Cerredá (2023: 60 y ss.), para quien la problemática común de todas las Administraciones locales españolas “es aún más grave en el conjunto de los municipios de menores dimensiones”, en cuanto “reciben muchos menos fondos de los que precisan para su funcionamiento ordinario” y “se ven obligadas a ejercer las mismas competencias y a trabajar con las mismas reglas de funcionamiento que los municipios de mayores dimensiones”, para los que dichas atribuciones y pautas ya resultan, en todo caso, “inadecuadas, en cuanto demasiado extensas, complejas y rígidas, lo que les aboca a operar de forma saltuaria y a obtener resultados insuficientes”.

99. En idéntico sentido, por todos, Almeida Cerredá (2023: 60), quien sintetiza la cuestión afirmando que desde la instauración del régimen democrático de 1978 los poderes legislativos y ejecutivos, central y autonómicos, no han sido capaces de diseñar para los entes locales españoles “un marco jurídico-financiero que les permita desarrollar sus funciones, de forma eficaz y eficiente, proporcionando a sus vecinos los mejores servicios públicos posibles”.

100. Conforme al art. 38 LBRL las previsiones de la Ley para la Diputación “serán de aplicación a aquellas otras Corporaciones de carácter representativo a las que corresponda el gobierno y la administración autónoma de la Provincia”.

101. De ahí la trascendencia del enunciado del art. 10.4 LBRL cuando dispone que “las funciones de coordinación serán compatibles con la autonomía de las entidades locales”. A modo de síntesis de la doctrina constitucional sobre la autonomía local garantizada y en relación con la aplicación del art. 149.1.18 CE al régimen provincial, cabe citar el razonamiento de la STC 105/2019, de 19 septiembre, FJ 4, con abundante cita de jurisprudencia constitucional anterior.

102. En concreto, se establecen como límites los umbrales de 1000, 5000 y 20 000 habitantes, imponiéndose a la provincia la asunción de un servicio como competencia propia en municipios que no alcancen el límite correspondiente.

les que hasta ese momento no les correspondían¹⁰³. Todo ello al margen de sus competencias más tradicionales, entre otras, las de coordinación de los servicios municipales entre sí para garantizar su prestación integral y adecuada, de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión¹⁰⁴, o de prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal, y fomento o coordinación, si procede, de la prestación unificada de servicios municipales.

Desde la perspectiva propiamente contractual sobresale, sin duda, la atribución a la provincia, como competencia propia, de la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, así como del seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su ámbito territorial, en cuanto si detecta que son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, vendrá obligada a ofrecer a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente que permita reducir sus costes. Ante el nuevo modelo de contratación pública estratégica impuesto por la LCSP qué duda cabe que alcanzan también especial predicamento sus atribuciones en garantía del desempeño de las funciones públicas necesarias en los ayuntamientos, de apoyo en la selección y formación de su personal¹⁰⁵ y, en fin, para dar soporte a los ayuntamientos en la tramitación de procedimientos administrativos y la realización de actividades materiales y de gestión, asumiéndolas cuando aquellos se las encomienden.

Tras este repaso a vuelapluma del traje confeccionado por la legislación de régimen local y contractual al ejercicio competencial y la prestación de servicios por nuestras corporaciones locales, y su contraste con la realidad cotidiana de la mayoría de nuestros municipios y muchas de nuestras provincias, ¿podría ser, quizá, que en el empeño por huir del dispendio de la alta costura hubiéramos acabado vistiendo a nuestra Administración local con *prêt-à-porter* de patrón inadecuado y tallaje excesivo para la mayoría de corporaciones locales, que carecen de la corpulencia y musculatura necesaria para rellenarlo y portarlo con elegancia?¹⁰⁶

103. Salvador Crespo (2019: 153). Como bien subraya Zafra Víctor (2020: 233), "la autonomía provincial tiene un carácter instrumental y sus competencias son funciones, no se proyectan sobre materias sino sobre las competencias municipales".

104. Que se traduce, en todo caso, en obligación de garantizar los servicios de secretaría e intervención en los municipios de menos de 1000 habitantes.

105. Sin perjuicio de la actividad desarrollada también en estas materias por la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas.

106. Sostiene Furió Durán (2019: 116) que "el error ha sido calificar a todas las administraciones locales por igual hablando políticamente en primer término, y segundo legislativamente también".

La estructura territorial municipal que componen los 8131 municipios se caracteriza por ser irregular, fragmentada, diversa y dispar, tanto a nivel territorial como poblacional. En torno al 84 % de ellos tienen una población inferior a 5000 habitantes y un presupuesto acorde¹⁰⁷. Tan importante es la eficiencia en la asignación y el empleo de los recursos públicos como la propia eficacia de la actuación administrativa. Su satisfacción exige, sin duda, desde una perspectiva pragmática, el adecuado equilibrio de los objetivos marcados en materia contractual con la suficiencia y adecuación de medios y la racionalización y agilidad efectiva de los procedimientos y actividades materiales de prestación¹⁰⁸.

2.2

La resistencia numantina del contrato menor tras la LCSP: ¿está justificada la contratación menor en el ámbito local?

A la luz de cuanto antecede cabe apreciar cómo la reforma efectuada en materia de contratación menor por la LCSP intentó implementar una regulación más restrictiva y exigente, con la finalidad de hacer de este contrato un procedimiento casi excepcional con el que atender necesidades puntuales y esporádicas, urgentes y perfectamente definidas¹⁰⁹. Responde con ello a la convicción generalizada al momento de su aprobación acerca del abuso de la figura, su empleo inadecuado y su estrecha vinculación con prácticas de corrupción¹¹⁰, que había llevado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a criticar su mantenimiento y a abogar por su supresión definitiva¹¹¹.

¹⁰⁷. Iribarren y Larrea (2019: 2) afirman, en este sentido, sin objetar la conveniencia de limitar el uso del contrato menor, que “muy probablemente el movimiento pendular que propone la doctrina no pueda soportarse por el endeble aparato burocrático dedicado a menesteres contractuales que presentan las Administraciones españolas”.

¹⁰⁸. En este sentido, Iribarren y Larrea (2019: 3), que inciden en la inversión que lleva aparejada en términos de recursos humanos toda licitación, para concluir que ese despliegue de medios resulta difícilmente conciliable con buena parte de los principios de actuación de las Administraciones públicas para según qué contrataciones.

¹⁰⁹. Un procedimiento especial, pero que no cabría tildar *stricto sensu* de excepcional, en opinión de Peláez Muras (2021: 37 y ss.), quien refiere admisión generalizada en los países de la OCDE y la Unión Europea.

¹¹⁰. Expresada, entre otros, por Velázquez Navarrete (2015: 399). Durán Ruiz de Eguilaz (2016: 63 y ss.) lo tilda de “uno de los problemas más graves de la contratación pública en España”, en especial por el uso masivo que las corporaciones locales hacen de él, “convirtiendo en excepcional lo que debería ser habitual, es decir, adjudicar algún contrato de obras o servicios por un procedimiento diferente al contrato menor”. Aunque no citan la fuente de la que extraen el dato, Rodríguez *et al.* (2019: 396) afirman que, “según datos oficiales, es el instrumento más usado en la mayor parte de los pequeños municipios existentes en España (más del 80%)”.

¹¹¹. IPN/CNMC/010/15, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 16 de julio de 2015, pp. 46 y ss.

Si la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, enfatizaba en su exposición de motivos algunas de las medidas adoptadas “en respuesta al criterio de agilización del procedimiento”, para referirse a continuación a “la potenciación de los contratos menores como otra de las medidas introducidas, dignas de mencionarse”¹¹², su uso en la práctica desembocó en la amonestación expresa al respecto por la Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, de 27 de julio de 2016, COM(2016) 518 final. En su considerando 14 conmina a “prestar la debida atención a los aspectos cualitativos de las finanzas públicas, incluida su política de contratación pública”, resaltando el “significativo” número de irregularidades puesto en conocimiento de la Comisión durante los años inmediatamente anteriores. Denuncia cómo “la falta de mecanismos de control *a priori* y *a posteriori* suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública”, efectuando mención expresa de la frecuencia de “adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas”, y, por tanto, “efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española”¹¹³.

Ya en noviembre de 2018 la OCDE ponía de relieve que, “aunque el porcentaje de contratación pública sin convocatoria de licitación ha descendido desde el 12% registrado en 2016, se situaba todavía en un significativo 8% en 2017”, subrayando cómo “una competencia saludable en la contratación pública puede reducir los costes para el público y reforzar los incentivos para innovar, así como la calidad de bienes y servicios”¹¹⁴. En esta misma línea se pronuncia la CNMC, que extrapola su análisis sobre la utilización de procedimientos abiertos en todas las licitaciones incluidas en el Registro de Contratos del Sector Público en el ámbito estatal a los contratos de las Administraciones autonómicas y locales, calculando hipotéticamente “que el coste de la contratación pública para el conjunto del sector público (estatal, autonómico y local) podría haber sido, al menos, 1.771 millones de euros inferior en el periodo 2012-2016 si se hubieran utilizado procedimientos abiertos

112. *Vid.*, en relación con la unificación y simplificación del concepto de contrato menor en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, el Informe JCCA 40/1995, de 7 de marzo de 1996.

113. De la Concha Bergillos (1998: 89) calificó de “piélago de confusiones jurídicas” la regulación del contrato menor por aquel entonces.

114. Informe *Estudios Económicos de la OCDE. España. Noviembre 2018*, p. 61. Se refiere, asimismo, a las consecuencias de un uso abusivo de contratos menores, Riera López (2013: 66 y ss.).

en todos los casos (en concreto, 1.771.370.520,7€), lo que supone un mínimo de 354 millones de euros al año (en concreto, 354.274.104,1€)¹¹⁵.

Ahora bien, pese a sus buenos propósitos, dirigidos a encauzar la situación preexistente y el uso excesivo cuando no abusivo de la figura, resulta patente la confusión del enunciado de la LCSP sobre el particular, lo que ha dificultado su interpretación y hecho más ardua su implementación para el gestor público. Sus lagunas, silencios e incoherencias internas, plantean más dudas de las que resuelve su tenor literal¹¹⁶. A ello se ha sumado que las supuestas alternativas al contrato menor alumbradas por la nueva ley no se han revelado tan cómodas o ágiles como se esperaba en un primer momento¹¹⁷, por lo que han encontrado obstáculos que han venido a orillarlas en la práctica y a que se consideren inútiles para adjudicar pequeñas prestaciones o adquirir necesidades de forma rápida y con una tramitación simplificada¹¹⁸.

Las sucesivas modificaciones del régimen jurídico de la contratación menor en la LCSP no han contribuido, por otra parte, a aclarar estos interrogantes y despejar la inseguridad reinante. Frente a su objetivo inicial de limitar y reducir el empleo del contrato menor a su mínima expresión, la modificación del art. 118 por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, suprime un requerimiento que, si bien confuso en su enunciado, podía considerarse clave para conceptuarlo en la nueva ley, en concreto, aquel que restringía el número de contratos menores celebrados por un mismo adjudicatario, de forma que cabría ahora afirmar que, siempre que no se incurra en un fraccionamiento ilícito del objeto contractual, han desaparecido, en buena medida, las razones que tan poderosamente se invocaban a favor de su empleo exclusivo para necesidades excepcionales y esporádicas.

De igual modo, la adición por Ley 6/2018, de 3 de julio, y posterior modificación por Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de la disposición adicional 54.^a, resulta, cuando menos, sorprendente¹¹⁹. De un lado, se denuncian

115. Informe E/CNMC/004/18, *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, de 7 de febrero de 2019, p. 47.

116. De “batiburrillo heterogéneo” la califica Baño León (2018), que refiere el acuerdo unánime en torno a que “no es un dechado de concisión y precisión”, recalcando que “la legislación contractual española tiene muy poco de contractual y mucho de regulación administrativa”.

117. Así, por ejemplo, en relación con el procedimiento abierto simplificado, que si bien supone una reducción de plazos con respecto a los del procedimiento abierto ordinario, no resulta tan significativa como para erigirlo en una alternativa real al contrato menor. Mayor interés presenta desde esta perspectiva el procedimiento abierto simplificado sumario, cuya tramitación puede reducirse significativamente, si bien pudiera plantear, asimismo, problemas para concitar concurrencia y allegar licitadores al efecto. Para Peláez Muras (2021: 41) hay aún “mucho margen para simplificar el supersimplificado”.

118. Vázquez Matilla (2020).

119. “Lamentable por lo que tiene de improvisación y de excepcionalismo”, en expresión de Peláez Muras (2021: 36).

los excesos y abusos de la contratación menor, restringiendo su empleo y culpándola de ineficiente, del clima de corrupción reinante y de las irregularidades y los desmanes detectados al efecto durante los años inmediatamente anteriores a la aprobación de la LCSP. Pero simultáneamente se amplía, de otro, la posibilidad de su celebración por el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, se acrecientan los umbrales económicos aplicables al efecto y, tras la última reforma de la citada disposición adicional, se excluyen, incluso, de forma expresa de este nuevo régimen jurídico más favorable aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando su valor estimado no exceda de 5000 euros, alegando como justificación de la reforma la ineludible necesidad de procedimientos de gestión más ágiles en los organismos y entidades que integran el sistema para permitirles una mejor consecución de sus objetivos en el ámbito de la ciencia, la tecnología, la investigación, el desarrollo y la innovación. ¿Hemos de entender, en consecuencia, que allí donde no se flexibiliza el uso del contrato menor está en riesgo la satisfacción ágil de los objetivos del sector público por la inexistencia de otras alternativas válidas y adecuadas al efecto?

En todo caso, la pervivencia de la contratación menor no debiera preocupar tanto como su correcta realización. A tal efecto, aunque tiendan a diferenciarse como si de dos realidades antagónicas se tratara, no dejan de ser contratos menores los anticipos de caja fija, por los que se adquieren en el mercado prestaciones a cambio de cuantías sumamente reducidas, quedando absolutamente exonerados de prácticamente cualquier tipo de control *ex ante* o *ex post*¹²⁰. El contrato menor no es tanto la bestia a batir cuanto el animal a domesticar para garantizar su aportación positiva a la economía, eficiencia y eficacia de la entidad local correspondiente. Solo así estaría justificada la contratación menor en el ámbito local.

A lo largo del presente trabajo se han ido apuntando las diversas cuestiones problemáticas suscitadas por el contrato menor que exigen de respuesta en la práctica contractual ordinaria de la Administración local, así como la disparidad de criterios existente, en muchas de las ocasiones, entre los diversos órganos consultivos contractuales a cargo de la interpretación de la LCSP¹²¹. Si la falta de coherencia y unidad resulta

120. Martínez Fernández (2021: 3) defiende publicar "en pro de la transparencia", aunque sea de forma anual, la relación de contratos suscritos mediante este sistema.

121. Es más, la divergencia en los criterios mantenidos al respecto por la JCCPE y la de Aragón desembocó, incluso, en la creación de una Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado para resolver las discrepancias competenciales manifestadas en relación con la contratación de pequeña cuantía a resultas del Decreto-ley aragonés 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público

llamativa desde la perspectiva estatal o autonómica, se agrava aún más en el ámbito local, donde se ha echado en falta disponer de una “voz unánime” que hubiera evitado la desigual aplicación de la ley en unos municipios respecto de otros¹²².

Aunque el Informe JCCPE 98/2018, de 4 de marzo de 2019, señala que con la entrada en vigor de la LCSP no ha variado “su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía”, las dudas planteadas por el enunciado de la ley y las interpretaciones excesivamente restrictivas de su uso al amparo de la ambigüedad normativa han terminado por generar una llamativa inseguridad y conflictividad, incluso interna, dentro de una misma entidad¹²³. La situación llega a su máximo paroxismo con el alumbramiento repentino, sin modificación normativa previa, de un nuevo requerimiento preceptivo para la contratación menor local en forma de informe jurídico de la secretaría¹²⁴.

A mi modo de ver, nos encontramos ante una innegable dejación de funciones por quien debe dar respuesta a la situación creada. De un lado, el legislador, que pese a las dudas expresadas sobre el particular antes de la entrada en vigor de la nueva ley y las disfunciones prácticas planteadas después, no ha emprendido una modificación seria y rigurosa de la contratación menor a fin de adaptarla al régimen jurídico que se entienda más adecuado y coherente al respecto para las adquisiciones y prestaciones de pequeña cuantía a que deba hacer frente el sector público¹²⁵, en especial, las corporaciones locales, cuyas necesidades e idiosincrasia específicas exigen de una cuidada reflexión al respecto. De otro, del ejecutivo, que pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LCSP se ha mostrado incapaz de dotarla de desarrollo reglamentario eficaz, encontrándose aún vigente el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2001.

de pequeña cuantía, comprometiéndose el Estado, en particular, a iniciar la tramitación de la modificación del art. 118 LCSP para subsanar las deficiencias y los problemas planteados por su redacción (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2019).

122. Gallego Alcalá (2021: 1).

123. Para Baño León (2018: 17) el punto de vista del control burocrático o, más bien, de la intervención se impone nuevamente sobre la gestión eficaz, “como si la causa de todos los males de la contratación residiera en la falta de controles y no en la incapacidad de una gestión presupuestaria eficaz”.

124. Para Cavilán López (2023: 8), “no parece una interpretación *stricto sensu* sino una su-plantación del legislador”, en cuanto “no aplica la literalidad del precepto, sino que interpreta con el ánimo de restringirlo más allá de lo dispuesto en la ley”.

125. Vázquez Matilla (2023: 14 y ss.) denuncia su comportamiento “errático”, afirmando que “tiene que aclarar si prefiere mantener la figura del contrato menor o cercarlo abusivamente y evitar así su uso”. De ahí su invocación de “un amplio consenso político” que permita generar “mayor tracción hacia la eficiencia y seguridad jurídica”.

En ausencia de un pronunciamiento normativo expreso, preferentemente legal o, en su caso, reglamentario, tan solo queda esperar a la judicialización del contrato menor y a que llegue, en su caso, al Tribunal Supremo un recurso con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, correctamente argumentado y planteado, que permita unificar y asentar doctrina.

La propia doctrina constitucional ha recordado en su Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, ante la quiebra alegada del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE por la inconcreción que se denuncia del art. 118.3 LCSP, que “no corresponde al Tribunal Constitucional resolver las dudas interpretativas que se le suscitan al recurrente sobre el ámbito subjetivo, objetivo y temporal del precepto impugnado, toda vez que aquellas no guardan relación con el conflicto competencial objeto de este proceso. El carácter materialmente básico de este precepto no ha sido cuestionado por las partes, por lo que la impugnación ha de ser desestimada”¹²⁶.

Mientras tanto, la doctrina consultiva e interpretativa suple como puede las lagunas, excediéndose en muchas ocasiones de su función¹²⁷. Así sucede, a mi modo de ver, con el debate originado en el ámbito local acerca de la exigibilidad del informe de secretaría o de la solicitud de tres ofertas económicas para celebrar válidamente un contrato menor. ¿Dónde queda la seguridad jurídica en este proceso de creación extralegal de trámites para restringir y lastrar aún más el contrato menor? ¿No estamos anteponiendo a toda costa el control *a priori*, confundiendo lo que cabría considerar, desde ese punto de vista, oportuno o deseable con lo que resulta, sin embargo, legalmente exigible? Baño León (2018: 14) advierte, a tal efecto, que la reducción de costes burocráticos no significa necesariamente disminución de garantías, sino “establecer las garantías adecuadas y repensar las existentes”¹²⁸.

Urge abordar una tarea que se revela compleja. No resulta fácil deslindar requisitos irrenunciables de trámites prescindibles para simplificar y agilizar la tramitación contractual de escasa cuantía. Convendría desbrozar la regulación del contrato menor y dotarlo de un régimen jurídico realmente operativo¹²⁹. Resulta inoperante apilar limitaciones, requisitos de dudosa

126. FJ 7 A) c).

127. Refiere Furió Durán (2019: 121 y ss.) la ambigüedad ocasionada por el empleo de criterios interpretativos antagónicos por las juntas consultivas de contratación administrativa: de un lado, la tesis teológica o finalista (interpretación flexible o laxa); de otro, la tesis tipológica o interpretación literal (interpretación restrictiva).

128. Como subraya Baño León (2018: 16), “existen otros muchos tipos de reglas en las Directivas que permiten prácticas corruptas, sin que nadie se haya planteado su derogación”.

129. Porque, como señala Vázquez Matilla (2023: 2), “si el debate se desvía hacia el contrato menor y es lo que absorbe a los recursos humanos, aspectos como la compra por resultados, la compra de innovación, [...] pasan, *sine die*, a un segundo o tercer plano”.

exigencia legal, prohibiciones de difícil comprensión y aún más compleja aplicación que no resultan de fácil control y seguimiento a causa de lo indeterminado de su enunciado y de la existencia de interpretaciones diversas acerca de su exacción.

En esta línea, ¿ha de ser su uso realmente excepcional?¹³⁰ ¿Qué importa más, el volumen total de contratos menores suscritos por una entidad y su peso porcentual respecto a otros procedimientos de adjudicación o la cuantía que representen sobre el presupuesto de la entidad local?¹³¹ ¿Y si obligamos a publicar siempre todo contrato menor por medios electrónicos y establecemos un plazo por breve que sea, de 3 a 5 días, para su adjudicación?¹³² Cualquier contrato que precise de un plazo más reducido enlaza, sin duda, con un supuesto de urgencia, en cuanto respondería, como señala el art. 119 LCSP, “a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público”.

Del mismo modo, cabe que la propia entidad local contratante, apoyándose, en su caso, en la indispensable colaboración y cooperación de la diputación provincial u otra corporación supramunicipal, establezca voluntariamente un protocolo de contratación menor u otros trámites adicionales voluntariamente asumidos¹³³. Así, la antecitada publicidad electrónica, la solicitud de un número mínimo de ofertas a incorporar en el expediente en función de la cuantía o del objeto a contratar, u otros que pudieran estimarse oportunos al efecto¹³⁴, sin quebrantar, en todo caso, la simplificación

130. Villanueva Cuevas (2019b: 65) aboga, a tal efecto, por reducir drásticamente las cuantías de la contratación menor, hasta el punto de que pasara a ser anecdótica, y adoptar el procedimiento abierto simplificado sumario para aquellos contratos cuya cuantía oscilara desde esas nuevas cuantías mínimas hasta los límites máximos indicados ahora en la LCSP.

131. El art. 41.6 RCCL definía, si bien de forma innominada, los contratos menores, listándolos entre los supuestos susceptibles de ser concertados directamente, limitándolos no solo por su importe, sino también en relación con el presupuesto de la entidad contratante. ¿Cabría, quizá, establecer un umbral al efecto en nuestra legislación contractual no por adjudicador, sino por porcentaje o fracción del presupuesto público de la entidad contratante?

132. Trámite más beneficioso, sin duda, que la simple solicitud de tres ofertas, que, como subraya Villanueva Cuevas (2021: 399), con ser un avance, no es suficiente si la adjudicación se realizara sin más a una de ellas sin motivación.

133. *Vid.* la recomendación efectuada en este sentido por el Tribunal de Cuentas a los ayuntamientos de Barcelona, Madrid, Málaga, Sevilla, Valencia y Zaragoza, en su *Informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por Ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016*, aprobado por el Pleno en su sesión de 19 de diciembre de 2019 (p. 95), para que establezcan “en su normativa interna la obligatoriedad de promover la concurrencia en la adjudicación de los contratos menores, cualquiera que sea su importe [...], salvo cuando las circunstancias concurrentes lo desaconsejen por razón de la inmediatez de la necesidad que se trate de satisfacer”.

134. En relación con las vías empleadas por las entidades locales para su autolimitación en el uso del contrato menor, en concreto, instrucciones o bases de ejecución del presupuesto, *vid.* Aradas García (2022: 10 y ss.). En su *Informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por Ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016*, aprobado por el Pleno en su sesión de 19 de diciembre de 2019 (p. 95), el Tribunal de Cuentas se inclina, en todo caso, porque la normativa interna que adopten los ayuntamientos para reglamentar su contra-

propia del contrato menor¹³⁵. Como he defendido previamente, se trata de dar con un equilibrio adecuado que no ponga en entredicho la propia agilidad de la contratación menor, cuya ligereza no debiera entorpecerse ni burocratizarse en exceso ante sus palmarias ventajas para la satisfacción de necesidades públicas inmediatas de escasa cuantía¹³⁶.

Se trata de arribar, al fin, a un punto de equilibrio entre eficiencia y garantías en el gasto público¹³⁷, ajustado, en todo caso, a la propia realidad de cada entidad contratante¹³⁸. No en vano, como bien señala Almeida Cerredá (2023: 72), la adecuación y simplificación de la normativa sobre contratación pública a la realidad de los pequeños municipios ha de ser una prioridad, en cuanto es uno de los sectores del ordenamiento jurídico técnicamente más complejos y, al mismo tiempo, uno de los más empleados por los operadores locales en su día a día en cuanto mecanismos indispensables para implementar todo tipo de políticas públicas¹³⁹. No por difícil ha de desecharse la tarea¹⁴⁰. Ni el contrato menor es el único culpable o responsable de la corrupción, ni la erradicación definitiva de esta última y de prácticas irregulares en la contratación pública depende de la supresión de esta figura contractual¹⁴¹.

Se echa en falta, en mi opinión, una mayor educación colectiva en lo público, y, en particular, la implantación por la legislación contractual de

tación menor tenga "sustantividad propia y vigencia indefinida y no limitarse a su inclusión en las bases de ejecución de los presupuestos de cada año".

135. En idéntico sentido, Arenas Alegría (2019: 7). Se corre el riesgo, en caso contrario, como subraya Vázquez Fernández (2016: 448), de forzar su naturaleza y convertirlo "en una pseudoespecie de procedimiento abierto que altere notablemente su naturaleza".

136. Casares Marcos (2020: 300).

137. Muñoz Pedraz (2020: 2) habla, a tal efecto, de "una suerte de lucha de equilibrios" en búsqueda de "un balance entre la evidente necesidad de suscribir aquellos y el cierto obscurantismo que los rodea".

138. *Vid.* la reflexión de Vázquez Matilla (2023: 2), para quien "no tienen sentido [en el ámbito local] interpretaciones forzadas para generar más trámites cuando se están declarando desiertos contratos por calcular mal el presupuesto de licitación, se están llevando a cabo el reconocimiento de créditos extrajudiciales constante por no tramitar expedientes que permitan la continuidad de los servicios locales más básicos de forma legal [...], falta de medios y falta de profesionalización". Así lo denuncia también Gavilán López (2023: 23), refiriéndose a la ausencia de personal suficiente y a la inexperiencia y falta de profesionalización del existente.

139. *Vid.*, en tal sentido, sobre la relación del contrato menor con otros procedimientos y con las figuras de racionalización técnica de la contratación, Martínez Melero (2019: 222 y ss.). Villanueva Cuevas (2021: 389 y ss.) se pregunta si el futuro de la contratación menor en los pequeños municipios está en los instrumentos alternativos o, por el contrario, en su transformación en un verdadero procedimiento de licitación.

140. Para Gavilán López (2023: 22), "sin este tipo de procedimientos la administración sencillamente no podría vivir", tornándose "disfuncional e inoperante no acorde a la realidad que necesita el mercado". En idéntico sentido se había pronunciado Carrodegas Méndez (2018: 75 y ss.), para quien "el contrato menor sigue siendo un 'contrato necesario'. Prescindir de su utilización se antoja complicado".

141. Pese a la "embestida descarnada contra el contrato menor" y el apremio por "instalar [su] capilla ardiente" denunciados por Iribarren y Larrea (2019).

soluciones precisas y prácticas que permitan, por su facilidad de uso, racionalización y agilidad, extender una cultura saneada de la compra pública minorando los costes administrativos de la gestión contractual para que no sean una carga tan excesiva que desborde, incluso, los beneficios esperados de la compra pública. Solo así se dotará de seguridad jurídica a los gestores públicos y de la tranquilidad necesaria a las instancias decisoras.

En realidad la problemática inherente a su empleo tiene más que ver con su mal uso que con la figura en sí, sin que ello alcance a ocultar las evidentes ventajas que corresponden al contrato menor desde otras perspectivas¹⁴². Entre otras, permite que la contratación pública se abra a todos aquellos pequeños proveedores que no están preparados para afrontar los retos que plantea y exige la nueva tramitación electrónica impuesta por la LCSP, sirve al adecuado funcionamiento de la Administración y a la satisfacción de intereses públicos que exigen una respuesta inmediata en el quehacer diario de la Administración, y puede servir para incrementar la participación de autónomos y micropymes en la contratación con la Administración local.

Corresponderá, en fin, a cada entidad local analizar, a partir de los medios efectivos con que cuente, el punto de partida en que se encuentra, planificar el gasto público que deba realizar en materia de contratación pública y programar, en consecuencia, sus procedimientos de licitación en función de las necesidades reales y previsibles con las que cuenta, buscando optimizar la eficiencia y racionalidad de cada uno de los expedientes de contratación que tramite.

3 Bibliografía

- Almeida Cerredá, M. (2023). Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación. *REALA*, 19, 59-81.
- Aradas García, F. (2022). Estudio del contrato menor: caracteres, requisitos, expediente y tramitación. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 9, 1-29.
- Arenas Alegría, C. C. (2019). Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017. *La Administración al Día*, 19 de febrero de 2019, 1-18.

¹⁴². Sobre las que se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en sus informes 6/2009, de 30 de julio, y 1/2015, de 20 de marzo, así como en su Recomendación 1/2018 sobre contratos menores.

- Baño León, J. M.^a (2018). La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público: ¿Regulación o sobrerregulación? *RArAP*, extra 18, 11-19.
- Candela Talavero, J. E. (2015). La aplicación del principio de transparencia en la contratación: contrato menor y contratación electrónica. *QDL*, 37, 181-206.
- Carbonero Gallardo, J. M. (2020). Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de Contratos del Sector Público 2017. *El Consultor de los Ayuntamientos*, extra II, "Contratos del sector público: escenario 2020", 1-18.
- Carrodegas Méndez, R. (2018). Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *REALA*, 10, 56-79.
- Casares Marcos, A. (2015). Responsabilidad social, transparencia y sostenibilidad del sistema universitario español. *RArAP*, 45-46, 170-208.
- (2017a). Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público (I): artículos 28-29. En J. M. Martínez Fernández y P. Bocos Redondo (coords.). *Contratación del Sector Público Local I* (pp. 160-183). Madrid: Wolters Kluwer.
 - (2017b). Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución. En B. García Romero y M.^a M. Pardo López (dirs.). *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 113-156). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
 - (2020). El contrato menor como cuestión mayor en la contratación del sector público. *REGAP*, 59, 267-311.
 - (2022). Las competencias locales. En T. Font i Llovet (dir.) y D. Santiago Iglesias y M. Almeida Cerredá (coords.). *Las reformas de la legislación local en España, 1999-2022* (pp. 213-268). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Chaves García, J. R. (2019). Grandeza y miseria de los informes administrativos. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 12, 1-11.
- De la Concha Bergillos, C. (1998). A vueltas con el contrato menor. *AA*, 7, 89-107.
- Delgado Fernández, M.^a R. (2017). La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria. *Gabilex*, 12, 15-49.
- Díez Sastre, S. (2017). La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 9, 305-347.
- Durán Ruiz de Eguilaz, H. (2016). La falta de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el

- contrato menor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía. *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, 2, 59-83.
- Enríquez Mosquera, J. J. (2020). Función interventora en los contratos menores. Reconocimiento extrajudicial, omisión de la función interventora o revisión de oficio en casos de ausencia de procedimiento. *Revista digital CEMCI*, 46, 1-18.
- Esquivias Jaramillo, J. I. (2015). Delito de prevaricación administrativa. Adjudicación irregular de contratos. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 178, 183-186.
- Furió Durán, V. (2019). Los contratos menores en las entidades locales inferiores a 5.000 habitantes. En J. Pintos Santiago (dir.). *Todo sobre el contrato menor. Aproximación a los procedimientos alternativos* (pp. 101-147). Madrid: Wolters Kluwer.
- Gallego Alcalá, J. D. (2021). No es asunto de menor discusión el controvertido deber de incorporar un informe jurídico en el expediente de adjudicación de un contrato menor. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 12, 1-14.
- Gallego Córcoles, I. (2008). Comentario al artículo 22. Necesidad e idoneidad del contrato. En *Contratación del Sector Público Local* (T. I, pp. 275-283). Madrid: La Ley y El Consultor.
- García Hernández, J. (2016). El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales. *RDL*, 44, 1-13.
- Gavilán López, J. (2023). Los últimos problemas prácticos del contrato menor. *RGDA*, 62, 1-25.
- Gimeno Feliú, J. M.^a (2018). A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. *Observatorio de Contratación Pública*, 7 de febrero de 2018, 1-7.
- Iribarren Hernáiz, J. y Larrea Villarroya, F. (2019). Contrato menor y necesidades recurrentes: una tensión legal no resuelta. *Observatorio de Contratación Pública*, 24 de junio de 2019, 1-7.
- Izquierdo Carrasco, M. (2021). Novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en la figura del contrato menor. En A. Benítez Ostos y J. E. Candela Talavero (coords.). *Manual sobre el contrato menor* (pp. 57-78). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Jiménez Asensio, R. (2020). Prólogo. En M. Zafra Víctor. *La autonomía local en una Constitución reformada* (pp. 11-38). Madrid: CEPC.

- López de la Riva Carrasco, F. A. y Albóniga Iturbe, J. M. (2018). La nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: un cambio sustancial. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 3, 1-10.
- Martínez Fernández, A. (2021). El contrato menor: ¿qué aspectos debemos tener en consideración para su correcta utilización? *El Consultor de los Ayuntamientos*, 6, 1-10.
- Martínez Fernández, J. M. (2018). Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 4, 1-22.
- Martínez Melero, J. M. (2019). Un procedimiento de utilización marginal y esporádica y como solución los sistemas de racionalización técnica. En J. Pintos Santiago (dir.). *Todo sobre el contrato menor. Aproximación a los procedimientos alternativos* (pp. 211-238). Madrid: Wolters Kluwer.
- Moreno Ibáñez, I. (2018). Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *AA*, 3, 1-5.
- Muñoz Pedraz, A. M.^a (2020). Sobre la trascendencia del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, en materia de contratos menores ¿practicidad u opacidad? *AA*, 6, 1-5.
- Nieto Garrido, E. (2018). *El estatuto constitucional de los entes locales. La autonomía local y la vinculación negativa a la Ley. Una propuesta de reforma constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Orquín Serrano, J. J. (2020). Decálogo para una correcta utilización de los contratos menores. *El Consultor de los Ayuntamientos*, extra II, "Contratos del sector público: escenario 2020", 1-23.
- Peláez Albendea, L. y Peláez Muras, M. (2021). Los principios generales de la contratación pública con efectos sobre el contrato menor. En A. Benítez Ostos y J. E. Candela Talavero (coords.). *Manual sobre el contrato menor* (pp. 79-124). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Peláez Muras, M. (2021). Introducción. La importancia y repercusión del contrato menor. En A. Benítez Ostos y J. E. Candela Talavero (coords.). *Manual sobre el contrato menor* (pp. 29-55). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pintos Santiago, J. (2022). Informe de insuficiencia de medios en los contratos menores de servicios y su inclusión en la documentación preparatoria. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 1-5.
- Pintos Santiago, J. y De la Morena López, J. (2019). Exordio al contrato menor y cuestiones dispares sobre el mismo. En J. Pintos Santiago (dir.). *Todo sobre el contrato menor. Aproximación a los procedimientos alternativos* (pp. 27-52). Madrid: Wolters Kluwer.

- Puerta Seguido, F. (2021). La transparencia y el contrato menor. En A. Benítez Ostos y J. E. Candela Talavero (coords.). *Manual sobre el contrato menor* (pp. 157-185). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Quintana López, T. (dir.). (2020). *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Riera López, M. (2013). Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo. *Auditoría Pública*, 61, 61-68.
- Rodríguez Fernández, J. U., Muro Rodríguez, A. I. y Pérez Jiménez, I. R. (2019). Los contratos administrativos adjudicados vía contrato menor. En J. A. Moreno Molina, F. Puerta Seguido y J. Punzón Moraleda (dirs.). *Buenas prácticas en la contratación pública: transparencia, responsabilidad social y lucha contra la corrupción* (pp. 385-420). Toledo: Ledoria.
- Salvador Crespo, M. (2019). *El gobierno local en España*. Madrid: Marcial Pons.
- Santiago Antuña, P. (2021). Las responsabilidades administrativas y penales por la utilización fraudulenta del contrato menor. En A. Benítez Ostos y J. E. Candela Talavero (coords.). *Manual sobre el contrato menor* (pp. 437-485). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Terrón Santos, D. (2019). La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores. *REDA*, 196, 269-304.
- Vázquez Contreras, F. (2019). Los límites al contrato menor en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En L. Sánchez Socías (dir.). *Estudios jurídicos en homenaje a D. Manuel Goded Miranda* (pp. 172-185). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Vázquez Fernández, B. (2016). Desvirtuando la naturaleza del contrato menor. En J. M.^a Gimeno Feliú (dir.). *Observatorio de los Contratos Públicos 2016* (pp. 447-456). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2019). La problemática del contrato menor. *CAP*, 159, 1-10.
- Vázquez Matilla, F. J. (2018). El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición. *CAP*, 156, 1-9.
- (2020). El contrato menor. Pasado, presente y futuro. *CAP*, 169 (referencia electrónica del documento: LA LEY 10982/2020).
- (2023). El rigorismo de la contratación menor en torno al informe de secretaría. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 1, 1-17.
- Velázquez Navarrete, P. (2015). La excepcionalidad de la contratación menor. *RAAP*, 93, 389-401.
- Villanueva Cuevas, A. (2019a). ¿Un nuevo modelo de contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público? *Gabilex*, extra I, 361-384.

- (2019b). Novedades en la contratación menor introducidas por la Ley 9/2017. En J. Pintos Santiago (dir.). *Todo sobre el contrato menor. Aproximación a los procedimientos alternativos* (pp. 53-67). Madrid: Wolters Kluwer.
- (2021). El contrato menor en las entidades locales menores. En A. Benítez Ostos y J. E. Candela Talavera (coords.). *Manual sobre el contrato menor* (pp. 357-402). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Zafra Víctor, M. (2020). *La autonomía local en una Constitución reformada*. Madrid: CEPC.

Procedimiento de contratación menor y buenas prácticas

JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

Doctor en Derecho.

Funcionario de la Administración local con habilitación nacional

1. Introducción

2. Contrato menor

- 2.1. Ámbito objetivo
- 2.2. La necesidad y la valoración del contrato
- 2.3. Fraccionamiento del objeto
- 2.4. Informe del órgano de contratación
- 2.5. Planificación

3. Procedimiento

- 3.1. Informe justificativo
- 3.2. El gasto
- 3.3. El objeto
- 3.4. La duración
- 3.5. Una opinión de relieve: la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

4. Transparencia y publicidad

5. Propuestas de buenas prácticas

- 5.1. La función del habilitado nacional
- 5.2. Colusión y competencia

6. Conclusiones

7. Bibliografía

Resumen

En el procedimiento de adjudicación de un contrato público, adquiere gran relevancia práctica una figura jurídica con caracteres propios. Es el contrato menor, que debe respetar la transparencia y la igualdad. Por desgracia, está presente en muchas prácticas corruptas al fraccionarse

Artículo recibido el 11/04/2023; aceptado el 16/04/2023.

el objeto. Es un mecanismo muy utilizado por su simplicidad, pues no precisa un procedimiento de licitación, sino que tiende a una adjudicación directa a empresario con capacidad de obrar y habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

En cualquier caso, es necesario que se respeten en su utilización requisitos de valoración, temporales y de su necesidad no periódica e imprevista. En el trabajo se analiza su procedimiento y se insta a buenas prácticas según las actuales interpretaciones.

Palabras clave: *contrato menor; objeto; fraccionamiento; adjudicación directa.*

Minor contracts procedures and good practices

Abstract

Among the procedures for awarding a public contract, there is a legal instrument which has its particular characteristics and relevance: the minor contract. It must ensure transparency and equality. Unfortunately, the minor contract is present in many corrupt practices when its object is divided. It is a widely used mechanism due to its simplicity, since it does not require a bidding procedure, but instead it is awarded directly to an entrepreneur with the capacity to act and with the professional qualifications that are necessary to carry out the service.

In any event, it is necessary when this legal instrument is used, to respect its requirement of evaluation, duration and its non-periodic and unforeseen use. The article analyzes its procedure and it suggests good practices in accordance with the current legal interpretations.

Keywords: *minor contract; object; division; direct adjudication.*

1

Introducción

La contratación pública tiene hoy una incuestionable trascendencia económica y política. Alcanza el 20 % del PIB (Comisión Europea en su Comunicación COM [2015] 614 final), y las consecuencias de los casos de corrupción afectan “a la credibilidad política del sistema y, por ello, a la propia democra-

cia, en tanto, especialmente en tiempos de crisis como los actuales, provocan una evidente (y muy justificada) desafección ciudadana¹.

Esta realidad provoca que el interés público a satisfacer en la contratación pública la convierta en herramienta estratégica para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrado² en función de la variable inversión y no gasto.

Se analiza en este trabajo una figura especial en este sector contractual como es el contrato menor y la adecuada tramitación de su procedimiento, ofreciendo soluciones o advirtiendo malas prácticas a corregir y evitar.

Esta particular figura que nos ofrece la legislación de contratación pública se caracteriza porque solo puede dar satisfacción a necesidades puntuales y esporádicas, y no a necesidades periódicas y previsibles. Como veremos, fue muy explícito en este sentido el Informe n.º 4/2010, JCCA Islas Baleares, para el que “un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aun así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento”.

Durante el presente trabajo se abordará esta realidad en el procedimiento de adjudicación del contrato menor, y los problemas que el fraccionamiento indebido de su objeto puede llevar consigo. Fraccionamiento ilegal que hay que conectar con la previsión de los artículos 118.2, 101.4 y 99.2 de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (LCSP), que instan a prohibir fraccionamiento con el fin de reducir la cuantía del contrato obviando obligaciones y requisitos, bien de la publicidad bien de la forma de adjudicación.

En definitiva, las notas y los requisitos de esta particular figura contractual obligan a que deba utilizarse de forma muy controlada y bajo determinadas circunstancias. Un uso que se considera debe ser excepcional³, pues en última ins-

1. Gimeno Feliú (2017: 11).

2. Moreno Molina (2018).

3. Informe n.º 10/2014, de 28 de abril de 2015, de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía.

tancia lo que se produce con el contrato menor es un “sacrificio de alguno de los principios básicos de la contratación pública” (expediente 8/2020 de la JCCAE).

2

Contrato menor

2.1

Ámbito objetivo

En la contratación pública rigen los principios de libre competencia e igualdad de trato como fines europeos⁴, concretados en las directrices que tomaron forma en el *Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro*, de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 1996. Por eso toda actividad contractual tiene que respetar el cumplimiento de las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias (STJUE de 22-6-1993, asunto C-243/89).

El contrato menor es una figura jurídica muy particular que sacrifica “los principios básicos de la contratación pública” (expediente 8/2020 de la JCCAE). Está caracterizado por su valor estimado (inferior a 40 000 € para contratos de obras, y a 15 000 € para contratos de suministro o de servicios), por su limitación temporal a un período máximo de un año sin posible prórroga, y por tener por objeto prestaciones que no tengan carácter recurrente y no aquellas que, “año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, de modo que pueda planificarse su contratación y hacerse por los procedimientos ordinarios” (Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación [OIReScon]).

No obstante, si bien el artículo 118.1 de la LCSP considera contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40 000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15 000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, es criterio mayoritario considerar que también se puede emplear el procedimiento de adjudicación de un contrato menor para los contratos administrativos especiales y los privados (de creación e interpretación artística, o para los contratos de patrocinio) que celebren las Administraciones públicas⁵.

4. González-Varas Ibáñez (1997).

5. Informes n.º 33/2009, de 1 de febrero de 2010, n.º 57/2018, n.º 7/2018 o n.º 84/2018 de la JCCAE.

Su ámbito objetivo encuentra dos particularidades: en el régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, como señala la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP, que prevé, por la singular naturaleza de su actividad, su excepción al límite previsto en el artículo 118 de la LCSP: “tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación”⁶. Y, según reconoce el apartado 1 de la disposición adicional novena de la LCSP, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. No obstante, advertir la particularidad que supone que, “al no ser una regla ‘de procedimiento’, no parece que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que ‘podrán efectuarse’ de acuerdo con ‘las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores’, como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el artículo 23.3 para los contratos menores no resultaría de aplicación para la adjudicación de los contratos de acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones regulados en la Disposición Adicional novena”⁷.

Para estos, el Informe n.º 3/2019, de 25 de septiembre, de la JCCA de Canarias, consideró que “el artículo 29.8 de LCSP referido al plazo y prórroga de los contratos menores no es de aplicación a los contratos menores de la disposición adicional novena de la LCSP por lo que pueden tener una duración superior al año y ser objeto de prórroga”.

2.2

La necesidad y la valoración del contrato

Con el contrato menor solo se pueden satisfacer necesidades que no tengan carácter periódico o permanente (recurrentes o previsibles)⁸. Por esta

6. Huergo Lora (2020).

7. García Álvarez (2018: 269).

8. Informe n.º 14/2014, de 22 de julio, de la JCCA de Cataluña; Informe n.º 1151/2016, de 27 de abril, del Tribunal de Cuentas, y “Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales”, del Consejo Vasco de la Competencia, de 31 de agosto de 2022.

razón, su regulación necesita una interpretación teleológica, como veremos, que analice que no hay fraccionamiento del objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales citados⁹.

Este requisito de la necesidad a satisfacer con un contrato menor es una realidad que por su indefinición genera gran cantidad de debates y conflictos. Esto obliga a delimitar con precisión qué necesidades puedan satisfacerse con el contrato menor, pues la realidad demuestra dificultades para su respeto o comprensión, pues no es un instrumento para materializar actuaciones previsibles.

La necesidad e idoneidad de todo contrato, también en el contrato menor, así como su eficiencia, conllevan que en la tramitación del contrato deba justificar su necesidad y se siga una programación contractual (Informe n.º 14/2020 de la JCCPE). Para su reflexión acerca de si sería posible repetir en ejercicios sucesivos prestaciones idénticas mediante un contrato menor, conviene tener en cuenta que, "si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley"¹⁰.

La necesidad en la contratación exige que solo se puedan celebrar contratos que sean necesarios para el cumplimiento y la realización de los fines institucionales de cada Administración. Por tanto, el órgano de contratación no solo debe respetar las normas de adjudicación, sino también justificar la necesidad y el tipo de procedimiento como el más adecuado mecanismo para obtenerla, siendo esta motivación una de las exigencias básicas de la contratación pública.

Si el contrato menor tiene que ser un medio para necesidades puntuales no previstas, se negará su uso cuando se produzca un fraccionamiento irregular de su objeto. Por eso la viabilidad jurídica de cualquier operación de esta naturaleza no puede eludir las normas de publicidad y concurrencia, limitando su objeto a través de su fraccionamiento (Resolución n.º 571/2016, de 15 de julio, del TACRC), y debe estarse a la finalidad técnica y económica a que responde la licitación, y valorarse cada supuesto en función de su contexto y de sus propias particularidades¹¹.

De hecho, si con el contrato menor solo pueden ser satisfechas necesidades puntuales y esporádicas, indica un uso inadecuado de esta figura

9. Informe n.º 41/2017, de 2 de marzo de 2018, de la JCCAE, y STJUE de 5 de octubre de 2000, en el asunto C-16/1998.

10. Informe n.º 14/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE).

11. Candela y Benítez (2021).

que la mayoría de los expedientes de contratación en una Administración adopten forma de contrato menor. A día de hoy sigue la conflictividad por su uso desmedido e injustificado, por lo que se ha instado por algún sector su desaparición¹² y sustitución por uno simplificado. Lo que es indudable es que, de no justificarse y acreditar el cumplimiento de sus requisitos, será ilegal su aplicación, pues supone una utilización que viola flagrantemente los principios generales de la contratación (STJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH).

Sobre la valoración del contrato, es una de las dificultades continuas en la tramitación del contrato menor, y origen de no pocos fraudes. Deberá ajustarse a los precios habituales del mercado y calcularse según el artículo 101 de la LCSP. Es precisa en todo caso una mejor regulación sobre esta cuantificación, que se presta a una fraudulenta negociación, al fijarse de forma artificial y fraudulenta para no superar los umbrales del artículo 118.1 de la LCSP.

Es una fase capital la determinación del valor del contrato, pues si entre los requisitos delimitadores está no superar determinados umbrales, evitar prácticas corruptas moldeando valores del contrato para la adjudicación directa a un empresario determinado, tiene que atajarse con una correcta valoración del mismo. Se aplica en la determinación del valor estimado de los contratos menores el mismo mecanismo que el del resto de los contratos públicos recogido en el artículo 101 de la LCSP, precepto que resulta aplicable a todos los contratos públicos (Informe n.º 8/2020 JCCAE).

Debe regularse de forma que se respete la finalidad de la norma, pues la efectiva concurrencia de sus elementos definidores permite a los gestores una importante simplificación y agilización que permite excepcionar los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia. Por eso tiene que ser objeto de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación e indisponible para el órgano de contratación. Con estas cautelas se trata de evitar el fraude por un fraccionamiento indebido del contrato (informes n.º 41 y 42, de 2018, de la JCCA). Se precisa coincidencia entre sujeto, objeto y causa¹³, de forma que “existirá un único contrato cuando haya coincidencia en los tres citados elementos, es decir cuando la prestación a realizar para atender una necesidad haya de contratarse con un mismo sujeto, para realizar un mismo objeto, y motivado por una misma causa. Por el contrario, deberán formalizarse contratos distintos desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos

12. Martínez Cutiérrez (2018).

13. Soler Mifsud (2017: 113).

varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos” (Informe n.º 1/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias).

Por desgracia, el fraccionamiento artificioso e indebido es práctica habitual que se produce en un procedimiento de adjudicación para evitar el umbral cuya superación impide acudir a esta figura y obliga a la licitación y a cumplir normas más rígidas (Informe n.º 73/2018 JCCA). Una decisión administrativa contraria estará abocada a incurrir en fraude de ley, al eludir, ya sea por error o intencionalmente, una prohibición legal, al recurrir a esta figura eludiendo los normas de preparación y adjudicación cuando en realidad exceden de los importes delimitados para los menores y que provocarán su nulidad de pleno derecho (Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía n.º 106/2000, de 25 de julio).

En todo caso, y para concluir este epígrafe, resultó ilustrativa la opinión de la JCCA de Baleares en su Informe n.º 4/2010, de 29 de octubre, que indicó claramente que, “en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto –o podría tenerlo, si se aplicaran los principios de programación y buena gestión– de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo y, aun así, tramitara diferentes contratos menores y eludiera las normas más exigentes de publicidad y procedimiento”.

En definitiva, fraude es una valoración para eludir los umbrales de un contrato menor que incurre en una vulneración legal por un uso fraudulento y abusivo de la adjudicación directa, en cuanto infracción más grave del derecho comunitario en materia de contratos públicos (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle), al obviar la aplicación horizontal de los principios generales a todas las fases de la contratación, y tanto por encima como por debajo de los umbrales (STJUE de 20 de mayo de 2010)¹⁴.

2.3

Fraccionamiento del objeto

Un problema no resuelto con el contrato menor es la delimitación de su objeto y cuándo se produce su fraccionamiento, que provoca un inmediato fraude al obviar requisitos y principios en el procedimiento de adjudicación.

14. Moreno Molina (2000).

La difícil línea de entender qué constituye una unidad funcional, la marcó la JCCA cuando manifestó, en su Informe n.º 31/2012, de 7 de mayo de 2013, que “la idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento”.

Con esta base, la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía (Informe n.º 2/2016, de 25 de febrero), debido a la simplificación sustancial en su procedimiento contractual y representando una excepción en su aplicación de los principios de publicidad y libre concurrencia, consideró que “su uso debe ser restrictivo para atender necesidades puntuales de bajo importe y duración determinada, y no para necesidades continuadas, y en algunos casos previstas. En otro caso, podría estar produciéndose un fraccionamiento en la contratación prohibido”.

La Comisión cita tanto su Informe n.º 9/2009, de 15 de junio, como a la JCCA de las Islas Baleares (Informe n.º 4/2010, de 29 de octubre) para acreditar el problema del fraccionamiento, que no puede perder de vista que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad (Informe n.º 57/2009, de 1 de febrero de 2010, de la JCCA). Fraude que, por un fraccionamiento irregular del objeto y por la falta de licitación, favorece las irregularidades administrativas y penales (STS de 17 de noviembre de 2021).

El contrato menor, por tanto, y como ya se ha señalado, aunque no lo diga expresamente la norma, no es un instrumento para materializar actuaciones previsibles o previstas, sino un medio a través del cual se puedan resolver necesidades puntuales no previstas. Por ello resulta constante el aviso doctrinal para “reconducir la adjudicación directa mediante contratos menores a la excepcionalidad y con los requisitos que se exigen en dicha Instrucción, extremando las cautelas para evitar realizar fraccionamiento irregular de objeto de un contrato y no incurrir en las responsabilidades que de ello se derivan”¹⁵.

15. Martínez Fernández (2019a).

Saber que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su Informe n.º 14/2014, reconoció que “la suscripción de diversos contratos menores que podrían conformar el objeto de un único contrato no implicaría un supuesto de fraccionamiento irregular, si la misma adquisición mediante un único contrato también hubiera podido llevarse a cabo recurriendo a la suscripción de un contrato menor”.

2.4 Informe del órgano de contratación

La LCSP, en su artículo 118.2, exige, en la tramitación del contrato menor, “la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior”. A estos efectos, en el Informe n.º 42/2017 JCCAE, se cuestionó si tal informe debe ser suscrito por el alcalde, concluyendo que “se trata de una referencia que podríamos considerar equivalente a la que hace el artículo 116 de la LCSP y que difiere de los supuestos en que se alude, por ejemplo, en el artículo 146.1 b) a los servicios dependientes del órgano de contratación. Por tanto, el informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea éste, salvo que dicha competencia haya sido delegada en los términos legalmente establecidos. Tal conclusión descarta que el informe de necesidad, que debe tener un contenido sustantivo y propio, pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio. Se trata de figuras diferentes”.

2.5 Planificación

La actividad administrativa, sobre todo en los pequeños municipios, se caracteriza por la urgencia en el resultado, la reclamación inmediata exigida por el responsable político al personal técnico, o la falta de medios materiales y personales. Ante esto, la regulación resulta insuficiente, precisando una debida concreción de la necesidad a satisfacer con el contrato gracias a la planificación. De esta forma se respetarán los principios de eficacia y eficiencia, al concretar la imprevisibilidad de la necesidad para acudir al contrato menor (arts. 35, 99 y 116.2 LCSP).

La práctica ha demostrado la falta de observación de la obligación de elaborar un “Plan anual de contratación” (art. 28.4 LCSP), además de publi-

carlo en el perfil del contratante. Una relevante finalidad de planificación de la actividad contractual puesta de relieve por distintos organismos: Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1039, de 26 de junio de 2014; Dictamen n.º 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias; o Informe de la JCCA de Cataluña n.º 14/2014, de 22 de julio, para “evitar tramitaciones precipitadas por la premura de plazos que se conocen de antemano”.

Resulta ser, por tanto, una actividad de gestión pública fundamental la planificación por parte de la entidad pública. Permite conocer la necesidad a satisfacer mediante la contratación, y si son necesidades imprevistas, será precisamente la planificación la que permita comprobar el uso adecuado o no de la figura del menor (Informe n.º 14/2020 JCCA). Una actividad de buena gestión pública insertada en la buena administración¹⁶, que origina reproches como que en “ocasiones el contrato menor deriva de una falta de planificación temporal en la contratación o en las restricciones impuestas por el régimen de autorizaciones de los responsables de la gestión de la Hacienda pública en cada Administración, abocando en último extremo a esta técnica para salvar la continuidad de los servicios que se prestan o de los suministros que se proveen. Incluso hay supuestos en los que el fraccionamiento viene provocado por la imprevisibilidad de la existencia de recursos en anualidades diferentes, en los supuestos en que se financie con cargo a ayudas, determinadas obras, equipamientos o servicios (STSJ de Andalucía de Sevilla de 15 de octubre de 2001, en un supuesto en el que la obra se dividió en cuatro fases para adaptarlas a los programas de subvención finalista de una Diputación Provincial)”¹⁷.

3

Procedimiento

Los mínimos requisitos que la Ley exige para el contrato menor se extienden también a las exigencias para seleccionar al adjudicatario del contrato. Su procedimiento de adjudicación es simple y ágil, pues podrá adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 131.3 LCSP).

En el procedimiento del contrato menor destacan la aprobación y la adjudicación, objeto central de este trabajo, pudiéndose diferenciar diversas fases:

16. Rodríguez-Arana Muñoz (2013).

17. Garcés Sanagustín (2018: 102).

3.1 Informe justificativo

Por el órgano responsable del área debe señalarse de forma motivada y justificativa la necesidad de realizar la contratación mediante un contrato menor. Y además, de forma expresa, si fuera un contrato menor de obras debe constar presupuesto de la actuación a identificar con el presupuesto base de licitación (arts. 118.2 LCSP y 131 RGLCAP) (Informe de 7 de septiembre de 2011 de la IGAE). Y sin perjuicio, según el tipo de obras, de acompañar un proyecto de la obra (art. 231 LCSP); y de afectar a la estabilidad, seguridad, estanqueidad de la obra, el informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos (art. 235 LCSP).

Recordar que la JCCA, en su Informe n.º 41/2008, respecto al visado de proyectos, manifestó que “debe entenderse que la conclusión sentada en los informes de esta Junta de fechas 12 de mayo de 1987 (10/87) y 18 de diciembre de 1996 (64/96), en el sentido de que en los proyectos de obras elaborados para las Administraciones Públicas no es exigible el visado por el Colegio Profesional correspondiente siendo bastante, a estos efectos, conforme a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y a la reguladora de los Colegios Profesionales y normativa de disciplina urbanística, la intervención de obras sea igual o superior a 350.000 euros la Oficina de Supervisión de Proyectos o la aprobación técnica de la Entidad correspondiente”.

Por otro lado, el Real Decreto 1000/2010, sobre visado colegial obligatorio, en su artículo 4 contiene dos excepciones a los casos de visado obligatorio. La primera está referida a aquellos trabajos previstos en el artículo 2 del mencionado Real Decreto que sean objeto de informe de la oficina de supervisión de proyectos, u órgano equivalente, de la Administración pública competente; lo que nos remite al arriba mencionado artículo 125 del TRLCSP (actual art. 235 LCSP, que lo cifra en 500 000 €), referido a los proyectos en los que la cuantía del contrato de obras sea igual o superior a 350 000 euros, o a los proyectos de cuantía inferior cuando se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra. En ambos casos, el informe bastará a efectos del cumplimiento de obtención del visado colegial.

La necesidad debe acreditarse mediante una Memoria justificativa, dando satisfacción al contenido del artículo 28 de la LCSP. Recordar que el Informe n.º 10/1998, de 11 de junio de 1998, de la JCCA, reconoció la posibilidad de añadir una “propuesta de contratación en la que se reflejan las prestaciones a realizar, periodicidad y plazos de ejecución, periodicidad de pagos y otras circunstancias para la mejor concreción del contrato, pues con

ello no sólo se dará cumplimiento a determinados requisitos del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que además se contribuirá a la mejor y más concreta definición de los derechos y obligaciones de las partes que, por inexistencia de pliego de cláusulas administrativas particulares no pueden figurar en el mismo”.

La emisión del informe del órgano de contratación para justificar la necesidad del contrato supone además justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación. Esto es debido a ser una adjudicación alejada pero no contraria a los principios generales de la contratación pública (Informe n.º 42/2017 de la JCCA) y para satisfacer solo necesidades esporádicas y ocasionales¹⁸.

Esta característica supone que si estamos ante una necesidad repetida, con una cadencia anual, no puede argumentarse su nota de imprevisibilidad para acudir como último y rápido recurso al contrato menor. A evitar esas irregularidades responde la necesaria planificación como labor de una adecuada gestión.

3.2 El gasto

El presupuesto base de licitación permite conocer el techo de gasto para la Administración contratante, y al contratista saber cuál es el precio máximo para presentar su oferta.

La aprobación del gasto en el contrato menor no precisa fiscalización previa del interventor (arts. 219.1 del TRLRHL y 17 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, y arts. 150.2.a) y 151.a) LGP) (Dictamen n.º 3/2013, de 19 de diciembre, de la Audiencia de Cuentas de Canarias). Y con la particularidad (DA 3.ª, apdo. 4, LCSP) de que en municipios de menos de 5000 habitantes esta aprobación del gasto puede sustituirse por un certificado de la existencia de crédito.

Por lo que hace a la exigencia de control del gasto y la excepción en caso de preverse en la tramitación del contrato menor los anticipos de caja fija o sistema similar para los pagos inferiores a 5000 €, es conveniente su reflejo preciso en las bases de ejecución del presupuesto para sujetarse a la normativa presupuestaria.

18. Vázquez Fernández (2019: 75).

En consecuencia, el presupuesto de las obras, en cuanto presupuesto base de licitación (art. 100 LCSP), sirve para elaborar y contabilizar la retención de crédito para la tramitación de un expediente de gasto, y certificarse la existencia de crédito disponible. Ahora bien, por el carácter simplificado y por eficiencia en el procedimiento, al elaborar el documento de la retención de crédito se suele elaborar el documento de tramitación anticipada, al acumular las fases de autorización y compromiso de gasto. En todo caso, son gastos para los que es necesario el reconocimiento de la obligación, y sujetos a la intervención material y formal del pago (Informe de 17 de febrero de 1998, de la IGAE).

Además, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la LCSP, y a los efectos de determinar el órgano competente para contratar, se calculará el porcentaje que supone el valor estimado del contrato en relación con los recursos ordinarios del presupuesto vigente. De forma que, si el valor estimado del contrato no excede del 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto, el procedimiento de adjudicación se resuelve por resolución de alcaldía, y, caso contrario, por el pleno.

Y por otra parte, para realizar el pago, es necesario expedir certificaciones de obra por la Administración, y aportarse la factura (arts. 72.2 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y 240.1 de la LCSP, que no precisa particularidad en caso de estar ante un contrato menor).

Ello admite que la aprobación del gasto suceda una vez realizada la prestación y presentada la correspondiente factura con los requisitos que indica el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, así como 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.

Respecto a la factura, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe n.º 50/1997, de 2 de marzo de 1998) indica que el hecho de que la Ley hable de factura en singular no es obstáculo para que en el expediente puedan aportarse varias, con tal de que la suma de las mismas no supere el importe admitido para el contrato menor. A esa idea responde el artículo 72.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

3.3 El objeto

Se emitirá informe para definir adecuadamente el objeto del contrato menor. Esta previsión responde al intento de evitar el fraude a la hora de fijar los umbrales señalados, y evitar su fraccionamiento irregular para obviar el procedimiento correspondiente (Informe n.º 69/08, de 31 de marzo de 2009, de la JCCA).

Mientras no se produzca un fraccionamiento fraudulento podrán adjudicarse nuevos contratos menores del mismo tipo y distinto objeto, “a pesar de rebasarse las cuantías máximas establecidas”¹⁹, en la línea del Informe n.º 41/2017 de la JCCA, para el que “la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma”.

3.4 La duración

Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (art. 29.8 LCSP). La Ley limita la duración, pero en modo alguno está impidiendo que mediante un contrato menor se satisfagan necesidades que previsiblemente vayan a durar más de un año. Esta interpretación se encuentra en el Informe n.º 90/2018 de la JCCA, referido a la contratación de acceso a base de datos y publicaciones, en el sentido de que dichos contratos tienen una duración máxima de un año, lo cual no impide que la necesidad administrativa se prolongue en el tiempo.

La duración no depende de la naturaleza de las prestaciones, sino de que no se sobrepase un importe que permita acudir a un procedimiento de adjudicación que deberá ser excepcional por contradecir el principio de publicidad que es garantía de la libre concurrencia (Cámara de Cuentas de Madrid, Informe de Fiscalización 2014). La viabilidad jurídica de cualquier operación de esta naturaleza no puede, por tanto, eludir las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través de

19. Garrido Moreno (2021: 203).

su fraccionamiento (Resolución n.º 571/2016, de 15 de julio, del TACRC, y Resolución n.º 327/2018, de 22 de noviembre, del TARC de Andalucía).

Además de los umbrales ya citados, la duración anual sin prórroga es también, por tanto, una nota propia del contrato menor. Lo que no obsta para que, presupuestariamente, sea plurianual, con lo que se fijarán las cantidades a ejecutar cada año y la consiguiente imputación de gasto en cada ejercicio.

Deben resaltarse como novedad normativa en el contrato menor una serie de cambios, demasiados frecuentes en nuestra regulación, calificados de “proceso desenfadado de modificaciones”²⁰, que permiten identificar nuestro derecho de la contratación pública por “las constantes reformas de su legislación reguladora, que no consigue estabilizarse ni generar para todos sus operadores y aplicadores, del sector público y privado, una seguridad jurídica que sería esencial en un ámbito de tanta importancia económica y social” (como ha sido la reforma provocada por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023).

3.5

Una opinión de relieve: la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

Según la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) “no podrán ser objeto de un contrato menor prestaciones que tengan carácter recurrente, de forma que, año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, de modo que pueda planificarse su contratación y hacerse por los procedimientos ordinarios”.

Establece además el artículo 131.3 de la LCSP que “los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118”. Es en este punto donde surge un debate interesante que abordó la OIReScon en su Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019²¹, para favorecer el principio de libre competencia, y es que las Administraciones cursen invitaciones a licitadores interesados²². Una instrucción cuya aplicación solo es obligato-

20. Moreno Molina (2023a, 2023b).

21. Betancor Rodríguez (2018: 705).

22. También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su Recomendación n.º 1/2019, de 4 de diciembre de 2019.

ria para el sector público estatal, como se ha señalado por un sector doctrinal²³, mientras que otros autores optan por su aplicación a todas las Administraciones territoriales y entes y organismos relacionados en el artículo 3.1 de la LCSP²⁴.

La Instrucción indica: “de acuerdo con el principio de competencia, y como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente”; “si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos”.

Ahora bien, estamos ante un requisito satisfecho aunque los invitados a presentar ofertas no respondieran a la solicitud. En este sentido, en aclaración a lo anterior, la OIReScon manifestó que, “de esta forma, la referencia a la solicitud de tres presupuestos que se indica en la Instrucción, ha de interpretarse en el sentido de que la misma satisface el principio de competencia; siendo siempre posible justificar motivadamente la no procedencia de tal petición de ofertas cuando dicho trámite no contribuya al fomento del principio de competencia, o bien, dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motiven el contrato menor. En todo caso, la solicitud de tres ofertas se entenderá cumplida con la publicidad de la licitación, si así lo decide el Órgano de Contratación, pues, en tales supuestos, ya quedaría garantizada la competencia”.

No obstante, y en todo caso, la ley, al emplear la expresión “podrá”, permite tramitar y adjudicar un contrato menor con un empresario únicamente. Tres presupuestos, o –como manifestó la JCCA– “petición de tres ofertas a los posibles contratistas, salvo que no exista en el mercado número suficiente de ellos” (Informe n.º 38/2009, de 1 de febrero de 2010).

Se apunta, pues, hacia una discrecionalidad en la configuración del objeto, que encuentra límites en la arbitrariedad si con esa decisión se restringe la competencia para que solo exista un licitador-adjudicatario.

En todo caso, en el procedimiento se salvarán los principios de libre competencia y no discriminación, sin quedar eliminada la flexibilidad y rapidez, eliminando dudas en la adjudicación directa, si se solicita oferta a

23. Díez Sastre (2019).

24. Martínez Fernández (2019b); mantiene su opinión y cita a Betancor Rodríguez, Gimeno Feliú, Moreno Molina y Vázquez Matilla.

más de un empresario que acredite habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (Informe n.º 1/2009, de 25 de septiembre, de la JCCA).

Sobre los requisitos del artículo 131.3 de la LCSP, de capacidad de obrar en el empresario y de que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, la JCCA, en su Informe n.º 1/2009, de 25 de septiembre²⁵, resolvió que eran exigibles en el caso de los contratos menores, de forma que, para respetarse la ausencia de prohibiciones, es aconsejable que el órgano de contratación, al invitar a una empresa a presentar oferta, adjunte declaración jurada de no estar incurso en las circunstancias del artículo 71 de la LCSP.

Posteriormente, como fase final del procedimiento, acordada la adjudicación del contrato menor, esta resolución del órgano de contratación será notificada al adjudicatario por medios electrónicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 151.3 y la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, y se comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público los datos básicos del contrato adjudicado, entre los que figurarán la identidad del adjudicatario y el importe de adjudicación, junto con el desglose correspondiente del IVA. Se exceptúan de esta comunicación los contratos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores. En el resto de los contratos inferiores a cinco mil euros, deberán comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final.

4

Transparencia y publicidad

De conformidad con el artículo 63.4 de la LCSP, la publicación en el perfil del contratante de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos de forma trimestral. Su contenido al menos debe referirse a su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario (art. 118.6 LCSP). Recordado en el artículo 154.5 de la LCSP, pues

25. Informe n.º 1/2009, de 25 de septiembre, JCCA: "Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato".

son contratos que serán objeto de publicación en las condiciones establecidas en ese artículo 63.4.

No obstante, y con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones legales existentes en materia de publicación de los contratos menores, “se recomienda a los órganos de contratación del sector público que realicen sus publicaciones a través del servicio específico que a estos efectos existe en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la cual garantiza que tales publicaciones cumplen los requisitos legalmente establecidos” (Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la JCCAE).

Quedan exceptuados de la publicación trimestral en el perfil aquellos contratos cuyo valor estimado sea inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores sea el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Asimismo, de conformidad con el artículo 335.1 de la LCSP, se remitirá al Tribunal de Cuentas una relación de los contratos menores celebrados. Esta remisión podrá realizarse directamente por vía electrónica, por la plataforma de contratación donde tenga ubicado su perfil del contratante el correspondiente órgano de contratación.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, establece la obligación de publicar, de forma periódica y actualizada, aquella información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia en la actividad del Ayuntamiento relacionada con su funcionamiento y con el control de su actuación. Para ello, en el Capítulo II de su Título I, concreta cuál ha de ser esa información sujeta a las obligaciones de transparencia, que será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables.

En cuanto a la información sobre contratación según el artículo 8.1.a) de esta Ley 19/2013, se debe proceder a publicar todos los contratos, con indicación del objeto, la duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato, las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.

Por su parte, la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de

contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos, los convenios y las encomiendas de gestión²⁶.

Publicidad, pues, de forma trimestral, y no siendo preciso publicar dichos contratos antes de la formalización de los mismos.

La previsión de la normativa para la publicidad del contrato menor ha supuesto un avance significativo en esta materia de transparencia (Recomendación de 21 de octubre de 2019, JCCAE), sin perjuicio de las limitaciones que supone que esta misma recomendación descarte la procedencia de publicar un archivo informático, por ejemplo, en PDF, que no es reutilizable, o en una hoja de cálculo, que puede no ser abierta.

La publicación de anuncios se realizará a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público o en el servicio de información equivalente de la comunidad autónoma donde se aloje el perfil del contratante. Según la misma Recomendación de la JCCAE citada anteriormente, de 21 de octubre de 2019, “aunque la mera publicación trimestral de los datos mínimos exigidos por la ley, ordenados por adjudicatario, puede suponer el cumplimiento formal de alguna de las condiciones establecidas en el artículo 63.4 de la LCSP, en esta cuestión intervienen más normas que demandarían el establecimiento de una forma de publicación que permita un acceso más adecuado a la información sobre los contratos menores”; asimismo, se “demanda que cualitativamente se ofrezca al ciudadano una publicación que cumpla con las reglas que ya hemos citado en cuanto al empleo de un formato abierto y reutilizable”²⁷.

5

Propuestas de buenas prácticas

5.1

La función del habilitado nacional

Una función capital para el control de la buena ejecución de fondos públicos en las entidades locales en un contrato menor es el control interno por el habilitado nacional, como se deduce de las disposiciones adicionales segunda y tercera, apartado 8²⁸, de la LCSP, y del artículo 3.3.h) del Real De-

26. Campos Acuña (2019: 130-133).

27. Roás Martín (2021: 153).

28. Disposición adicional tercera, “Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales”, apdo. 8: “Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mante-

creto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

La necesaria función de seguridad jurídica que presta el habilitado nacional con su informe a día de hoy ha cambiado desde el punto de vista de necesidad para los contratos menores. Según el Informe n.º 64/2018, de 10 de octubre, de la JCCA, “de los precedentes normativos y del sentido de los términos del precepto, así como de la intención del legislador se deduce que la interpretación correcta del mismo es precisamente que el informe jurídico en este caso debe recabarse no sólo respecto de los pliegos y de los modelos de pliego sometidos a aprobación, sino también sobre la legalidad de las actuaciones necesarias para la aprobación de los expedientes de contratación. Si la intención de la norma hubiera sido la de referirse al informe ya previsto para los pliegos cabría colegir que el redactor de la norma lo hubiera especificado así”. Véanse también los informes n.º 7/2019, de 3 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, y 21/2021, de 15 de junio, de la JCCA.

Ahora bien, este criterio cambia con el reciente Informe n.º 3/2023, de 17 de marzo, de la JCCA de Galicia, que resolvió como no preceptivo el informe de Secretaría en estos expedientes de contrato menor. Y es que estos expedientes mantienen iguales requisitos y formalidades en todas las Administraciones públicas, sin que la disposición adicional tercera de la LCSP prevea exigencias adicionales para las entidades locales. Ahora bien, estas entidades locales, que gozan de autonomía local, podrán añadirlo a su expediente por dudas jurídicas o para su mejor regulación y tramitación²⁹.

Por otra parte, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, en su disposición final 27.13, modifica la función fiscalizadora del interventor de la entidad local que contempla la LCSP en su disposición adicional tercera. Así, considerando sus funciones (arts. 214.2.d] del TRLHL y 20 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril), ahora el interventor realizará la comprobación material de la inversión, y a los “efectos de la designación de representante en aquellas inversiones cuyo

nimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

29. <https://www.conselleriadefacenda.gal/es/areas-tematicas/patrimonio/xunta-consultiva-de-contratacion-administrativa/dictames-informes-recomendacions-instruccions-e-acordos>. Informe n.º 3/2023, de 17 de marzo, sobre si resulta preceptivo el informe legal a que se refiere el apdo. 8 de la disposición adicional tercera de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la tramitación de expedientes de contratos menores, tras consulta del Ayuntamiento de Pontevedra a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia.

objeto sea susceptible de comprobación, el órgano interventor podrá aplicar técnicas de muestreo”.

Se cumple una función primordial como medio de control por el interventor en un contrato menor como es la intervención de la comprobación material de la inversión, a unir necesariamente con las competencias que delimitan la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (art. 7) y el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, de la función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y función de contabilidad, como es el control interno de la gestión económico-financiera y presupuestaria (art. 4), y “también sobre la valoración que se incorpore al expediente de contratación sobre las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto los contratos menores” (Informe n.º 77/2021 de la JCCAE).

Con estos requisitos se garantiza una correcta selección del adjudicatario, eficaz fase de ejecución y cumplimiento del contrato.

Además, en la tramitación del procedimiento, para su correcta adjudicación y posterior ejecución, deben jugar un papel preciso la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria, el responsable del contrato (director facultativo en los contratos de obras) (art. 62 LCSP), e instarse a ejecutar facultades de inspección (art. 190.2 LCSP).

En fin, una buena práctica en el procedimiento de fiscalización específica para estos contratos menores es la desempeñada por el secretario-interventor, como mecanismo que procura una mayor transparencia y eficiente utilización de recursos públicos.

5.2 Colusión y competencia

Según ha comprobado la doctrina, “asumir y aprobar que la tramitación de los contratos menores esté exenta de una serie de requisitos de carácter procedimental acarrea una serie de consecuencias”, entre las que podemos mencionar: renuncia a los principios básicos de la contratación administrativa, perjuicio a los ciudadanos, ausencia de eficiencia, perjuicio de las pymes y empresas de nueva creación, e incurrir en fraude de ley³⁰, que supone abusar del contrato menor. Esto provoca directamente una quiebra de la competen-

30. Riera López (2013: 66-67).

cia por riesgos de colusión que puede producirse en la tramitación del procedimiento para alterar o burlar los requisitos del contrato menor ya citados.

En este sentido se han venido detectando por la Autoridad Vasca de la Competencia³¹ malas prácticas en su confección, tales como acuerdos de precios, reparto de mercado, rotación de ofertas (ofertas de cobertura - retirada de ofertas), subcontratación, intercambio de información, o combinaciones de las anteriores. En definitiva, una “manipulación de la contratación pública es una práctica colusoria especialmente dañina para la sociedad por el impacto directo que tiene en los recursos públicos, en la calidad y en la innovación de los servicios a prestar”.

Medidas o propuestas para una buena práctica que favorezca la competencia en el procedimiento de un contrato menor serán (apuntado por la OIReScon): solicitar presupuestos a varias empresas para favorecer la competencia; publicar la información relativa a los contratos menores celebrados de forma mensual y no cada trimestre, o publicar en el perfil del contratante una comparativa porcentual de los expedientes tramitados como menores y los que se adjudicaron mediante otros procedimientos, que justifique su uso adecuado solo para necesidades imprevisibles.

6 Conclusiones

Se han abordado el procedimiento y los requisitos que deben respetarse para tramitar el contrato menor, caracterizado por limitar en cierta forma principios básicos de la contratación pública. Este es el sentido que le otorga la JCCAE (Informe n.º 8/2020, de 12 de febrero de 2021), al calificarlo como “una suerte de excepción a la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista, y de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación”.

Debe respetar en todo caso tres notas propias: los umbrales, la duración anual, y satisfacer una necesidad imprevista. Por esta última razón de que sea necesario justificar la necesidad a satisfacer, así como no fraccionar el objeto del contrato, “debe dejarse constancia del fin que se pretende atender y de que no hay división del objeto, es decir, que la prestación tiene unidad funcional, técnica y económica”³².

31. Consejo Vasco de la Competencia, LEA/AVC N.º 581-PROM-2022, “Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales”, 31 de agosto de 2022.

32. Recomendación n.º 1/2019, de 4 de diciembre, de la JCCA de Canarias.

Se convierte así el uso fraudulento y abusivo de la adjudicación directa en la infracción más grave del derecho comunitario en materia de contratos públicos, y su fraccionamiento indebido en uno de los mayores riesgos en la contratación pública.

Por desgracia, el contrato menor se ha convertido en prototipo de adjudicaciones “a dedo”, conectado a ilícitos de corrupción y prácticas clientelares. Por ello es imprescindible una nueva regulación del mismo con fines de un uso exclusivo para su previsión legal y fácilmente comprensible, para no generar innumerables informes y dictámenes, objeto de posibles interpretaciones que desembocan en una aplicación forzada de la figura.

En todo caso, el contrato menor es una figura prevista en la ley con notas propias, que no permite un uso para necesidades cotidianas. Es una figura muy útil por su rapidez en la actuación administrativa, con requisitos legales a respetar (plazos, umbrales y necesidad) para no incurrir en un fraude de ley (Informe n.º 111/2018 de la JCCA).

En cualquier caso, la tramitación del procedimiento del contrato menor, para que realmente sea una figura útil, necesita, por parte de las Administraciones, una planificación previsora, real y adecuada a sus necesidades, que se inste a una contratación estratégica y se elimine toda sospecha de corrupción en el uso de esta figura para actuar conforme a una buena administración.

7

Bibliografía

- Batet Jiménez, M.ª P. (2016). La división del objeto del contrato en lotes. *GABILEX*, 6.
- Betancor Rodríguez, A. (2018). Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. En J. M.ª Gimeno Feliu (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 689-713). Navarra: Aranzadi.
- Campos Acuña, C. (2019). Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales. En J. A. Moreno Molina (coord.). *Contratación local tras la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017* (pp. 109-138). Granada: CEMCI.
- Candela Talavero, J. E. y Benítez Ostos, A. (coords.). (2021). *Manual sobre el contrato menor*. Navarra: Aranzadi.
- Díez Sastre, S. (2019). La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON. *IDL-UAM* [blog], 6-3-2019. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/>.

- Garcés Sanagustín, M. (2018). Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista Española de Control Externo*, XX (60), 99-116.
- García Álvarez, G. (2018). ¿Jaque a la contratación directa?: El controvertido régimen de los contratos menores. *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, 245-295.
- Garrido Moreno, M.^a S. (2021). Expediente y procedimiento de contratación. En J. E. Candela Talavero y A. Benítez Ostos (coords.). *Manual sobre el contrato menor*. Navarra: Aranzadi.
- Gavilán López, J. (2022). Contrato menor de Dirección de obra tras la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura. *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, 3-10-2022. Disponible en: <https://obcp.es/opiniones/contrato-menor-de-direccion-de-obra-tras-la-ley-92022-de-14-de-junio-de-calidad-de-la>.
- Gimeno Feliú, J. M.^a (2017). La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades. *DA. Nueva Época*, 4, 7-30.
- González-Varas Ibáñez, S. (1997). La contratación de las Comunidades Autónomas. *Revista de Administración Pública*, 142, 195-224.
- Huergo Lora, A. (2020). La transferencia de conocimiento y los contratos del artículo 83 de la LOU. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 24, 301-346.
- Martínez Fernández, J. M. (2019a). El alcance vinculante de la Instrucción 1/2019 de la OIREscon. *La parte contratante* [blog], 25-4-2019. Disponible en: <https://lapartecontratante.blog/2019/04/25/el-alcance-vinculante-de-la-instruccion-1-2019-de-la-oirescon-por-jose-manuel-martinez/>.
- (2019b). La Instrucción vinculante 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación: ¿El ‘cerco’ definitivo a los contratos menores? *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, 6-6-2019. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-instruccion-vinculante-12019-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision>.
- Martínez Gutiérrez, R. (2018). Transparencia, innovación y simplificación en la Ley 9/2017. La tramitación electrónica de procedimientos. En especial, la contratación menor y el procedimiento simplificado. En M. Fernández Salmerón y R. Martínez Gutiérrez (dirs.). *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (pp. 25-48). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Molina, J. A. (2000). La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos. *Revista de Administración Pública*, 151, 319-342.

- (2018). *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2023a). Las numerosas reformas de la Ley 9/2017 desde su aprobación y la inseguridad jurídica resultante. En J. Pintos Santiago (dir.). *Cinco años de la Ley de Contratos del sector público: Estudio de situación y soluciones para su regulación* (pp. 87-106). Navarra: Aranzadi.
- (2023b). Cinco años de reformas de la LCSP. *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, 7-3-2023. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/cinco-anos-de-reformas-de-la-lcsp>.

Riera López, M. (2013). Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo. *Auditoría Pública*, 61, 61-68.

Roás Martín, P. L. (2021). La correcta aplicación de los principios rectores de la contratación pública para evitar el riesgo de fraude en el uso del contrato menor. En J. E. Candela Talavero y A. Benítez Ostos (coords.). *Manual sobre el contrato menor*. Navarra: Aranzadi.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2013). El principio general del derecho de confianza legítima. *Ciencia Jurídica*, 4, 59-70.

Soler Mifsud, E. (2017). El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato. *Auditoría Pública*, 70, 109-114.

Vázquez Fernández, B. (2019). Sobre la necesidad de una interpretación unánime y un uso eficiente del contrato menor. En J. Pintos Santiago (dir.). *Todo sobre el contrato menor* (pp. 69-100). Madrid: Wolters Kluwer.

Las vicisitudes de la ejecución del contrato administrativo menor y del contrato de menor cuantía de los PANAP¹

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE

Profesor de Derecho Administrativo y de la UE en CUNEF Universidad.

Doctor en Derecho.

Abogado

- 1. Introducción**
- 2. El régimen de la ejecución de los contratos de menor cuantía**
 - 2.1. Régimen jurídico de la ejecución del contrato
 - 2.2. Delimitación de la fase de ejecución del contrato
- 3. Cuestiones relevantes de la ejecución**
 - 3.1. Modificación
 - 3.2. Figuras afines a la modificación: cesión, revisión de precios y prórroga
 - 3.3. Subcontratación
 - 3.4. La utilización del contrato de menor cuantía como mecanismo para paliar los problemas en la ejecución de otros contratos
- 4. Conclusiones**
- 5. Bibliografía**

Resumen

En el presente trabajo se analizan algunas cuestiones relevantes que se suscitan habitualmente en la ejecución de un contrato de menor cuantía. Se parte de un análisis del régimen jurídico aplicable a la ejecución de estos contratos para, posteriormente, analizar cuestiones relativas a

Artículo recibido el 30/05/2023; aceptado el 15/06/2023.

1. El autor quiere agradecer las aportaciones de los dos evaluadores anónimos que han revisado este trabajo. La responsabilidad por las opiniones aquí recogidas es únicamente atribuible al autor del trabajo. Este trabajo no constituye asesoramiento legal de ninguna clase.

la modificación, cesión, revisión de precios, prórroga y subcontratación de estos contratos.

Palabras clave: *contrato menor; ejecución; modificación; subcontratación.*

The vicissitudes of the execution of the minor administrative contract and the contract of minor amount of the PANAP

Abstract

The article explores some relevant issues that usually arise in the execution of a minor contract. It begins with an analysis of the legal framework applicable to the execution of these contracts and, subsequently, it analyzes issues related to the modification, assignment, price revision, extension and subcontracting of these contracts.

Keywords: minor contract; execution; modification; subcontracting.

1

Introducción

La ejecución de todo contrato es un reto comercial, negocial y, en lo que aquí interesa, jurídico. Durante la ejecución, el contrato se enfrenta inevitablemente a circunstancias que, en mayor o menor medida, no fueron previstas en el marco contractual ni mucho menos en el marco legal vigente en cada momento. Se dice por ello que los contratos son incompletos o imperfectos por naturaleza, como han estudiado Hart y Moore (1988, 2008). Esa realidad es común a los contratos del sector privado y a los del sector público. Y dentro de los del sector público, a los contratos privados y a los contratos administrativos.

Esta situación de imperfección contractual concurre también en los contratos de menor cuantía. Adviértase, antes de continuar, que desde un punto terminológico este trabajo se refiere a los contratos de menor cuantía para englobar dos figuras: el contrato menor de la Administración pública, en lo esencial regulado en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)², y los contratos de menor cuantía

2. Hoy en día, la norma de desarrollo más relevante de la LCSP sigue siendo el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

adjudicados por un poder adjudicador no Administración pública (PANAP) o por una entidad del sector público que no sea poder adjudicador, recogidos respectivamente en los artículos 318.1 y 321.2. LCSP³. En ambos casos se trata de contratos con unos umbrales determinados⁴.

Los contratos de menor cuantía son contratos que, como regla general, carecen de un marco contractual intensamente definido⁵. Paradójicamente, lo que es una ventaja para la adjudicación, porque permite llevarla a cabo de manera rápida y flexible, se convierte en un problema durante la ejecución, al privar a las partes de un documento contractual de relevancia.

Esa carencia de un marco contractual bien definido se suple, necesariamente, por lo previsto en el marco legal aplicable. Dada su relevancia, se analizará en este trabajo cuál es ese marco legal. Y como se verá, fruto de ese análisis, se alcanza una conclusión: que con carácter general las soluciones previstas en la LCSP para la ejecución de los contratos son aplicables también a los contratos de menor cuantía⁶.

Ahora bien, en la aplicación de la LCSP deben tenerse en cuenta las especiales características de ese tipo de contratos, que derivan del especial y privilegiado tratamiento que le proporciona el legislador en la fase de adjudicación, así como de las garantías establecidas para evitar que ese trato privilegiado pueda distorsionar el correcto funcionamiento de la contratación de una entidad. En particular, como ya se ha visto en esta obra, la LCSP exonera a determinados contratos de seguir los pesados procedimientos de adjudicación, permitiendo una adjudicación directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y con la habilitación profesional para realizar la prestación⁷. Y a cambio establece unos umbrales máximos para poder acudir a esta figura⁸, así como un plazo de duración máximo⁹.

3. No se analiza en este trabajo el régimen de ejecución aplicable a los contratos de menor cuantía adjudicados por las entidades del sector público que no son poder adjudicador, ya que, como se verá, se trata de contratos cuyos efectos se rigen por el derecho privado.

4. En lo que no coinciden es en el tipo de contrato que se puede clasificar de esta manera. En el caso de contratos menores administrativos, esa opción solo está disponible para contratos de obras (menores de 40 000 euros) y de suministros y servicios (menores de 15 000 euros). En cambio, en el caso de contratos de menor cuantía adjudicados por PANAP, esta opción está también permitida –además de a contratos de obras, suministros y servicios– a contratos de concesión menores de 40 000 euros.

5. En relación con los documentos necesarios para adjudicar estos contratos de menor cuantía, ver un estudio anterior de esta misma obra monográfica. Sobre la no exigibilidad de pliegos, Cavilán López (2023), que se apoya en el art. 118.2 LCSP.

6. En el mismo sentido, Martínez Fernández (2017).

7. Arts. 118, 131.3, 318.1 y 321.2 LCSP.

8. Arts. 118, 318.1 y 321.2 LCSP.

9. Art. 29.8 LCSP. En el apartado correspondiente plantearemos si ese plazo es aplicable por igual a todos los contratos de menor cuantía adjudicados conforme a la LCSP.

Respecto al marco que abarca este trabajo, la ejecución de un contrato se inicia en el momento de su perfección y concluye con su terminación, ya sea por su cumplimiento o por su resolución. Ese es el espacio en el que se moverá este artículo. No se analizan, pues, las cuestiones relativas al procedimiento de adjudicación de los contratos de menor cuantía ni las que se refieren a la formalización (*vid.* estudios anteriores de esta obra). Tampoco serán objeto de este trabajo figuras de naturaleza especial que, como apuntan Canales *et al.* (2022: 749), se asemejan en su régimen a los contratos menores. Se trata de los contratos de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia (art. 131.4 LCSP) y los contratos de suscripción de revistas y publicaciones (disposición adicional novena LCSP).

2

El régimen de la ejecución de los contratos de menor cuantía

2.1

Régimen jurídico de la ejecución del contrato

El régimen jurídico de la ejecución de un contrato del sector público viene determinado por la norma que es de aplicación en el momento de adjudicarse el contrato. En el caso de los contratos administrativos, la disposición transitoria primera de la LCSP establece que “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. En el caso de los contratos privados se aplicará el derecho transitorio común¹⁰.

El análisis del régimen jurídico de los contratos de menor cuantía debe partir de una cuestión que no siempre se asume con todo su potencial: a todos los contratos adjudicados conforme a la LCSP, también a los que son objeto de este trabajo, les resulta de aplicación la libertad de pactos recogida en el artículo 34 LCSP. Ese precepto establece que en todos los contratos pueden acordarse “cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre

10. En ese sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 992/2011, de 16 de enero de 2012 (rec. 1413/2008), establece: “Como regla general derivada del artículo 2.3 CC y párrafo primero de sus Disposiciones Transitorias -que constituyen un criterio interpretativo de Derecho transitorio rector de cualquier cambio de legislación (SSTS de 3 de junio de 1995, RC n.º 226/1992, 16 de mayo de 1996, RC n.º 2841/1992)- los actos realizados y los derechos adquiridos de conformidad con la ley vigente que les es de aplicación no sufren alteración a consecuencia de una modificación legislativa, salvo que se dispusiera expresamente lo contrario (SSTS de 24 de octubre de 1997, RC n.º 2833/1993, 3 de noviembre de 1997, RC n.º 2836/1993, 8 de noviembre de 1997, RC n.º 2837/1993)”.

que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. Esa mención al ordenamiento jurídico incluye necesariamente a las normas de *ius cogens* contenidas en la LCSP¹¹.

Ese derecho necesario varía significativamente en función del tipo de contrato que se pretenda adjudicar. Por ello, el análisis del régimen de ejecución de un contrato de menor cuantía debe partir de una premisa: no a todo contrato de los regulados en la LCSP se le aplica el mismo régimen en su ejecución. A los efectos de este trabajo se distinguen al menos dos regímenes: los contratos menores de la Administración pública y los contratos de menor cuantía de los PANAP.

Respecto a los contratos menores de las Administraciones públicas, su régimen se concentra en el artículo 118 LCSP, precepto que se incluye en el Libro Segundo de la norma, dedicado expresamente a los contratos de las Administraciones públicas¹². Ese precepto se refiere al “expediente de contratación” de los contratos menores, por lo que no cabe esperar de él una referencia expresa a la ejecución de estos contratos. Por ello, para conocer el régimen aplicable a la fase de ejecución de los contratos menores habrá que estar a las reglas generales. En otras palabras, los contratos menores que tengan naturaleza administrativa se rigen por la LCSP con toda su intensidad, mientras que los que tengan naturaleza privada se regirán por el derecho privado¹³.

Por otro lado, cuando un contrato de menor cuantía es adjudicado por un PANAP, la LCSP recoge su régimen específico en el artículo 318.1 LCSP, incluido en el Libro Tercero, “de los contratos de otros entes del sector público”. Ese apartado no se remite en ningún momento al artículo 118 LCSP (técnica de las remisiones que, por el contrario, está muy presente en ese Libro Tercero de la LCSP). Determinada doctrina administrativa ha declarado la aplicabilidad de las reglas del contrato menor a los contratos privados de menor cuantía¹⁴. Sin embargo, esa doctrina debe entenderse limitada a las reglas de adjudicación del contrato, pero no necesariamente a las de su ejecución, respecto de las que el legislador se ha cuidado mucho de esta-

11. Sobre las normas de *ius cogens* en la LCSP, es relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2022, núm. 1359/2022, rec. 4349/2020.

12. Ese Libro Segundo se refiere a contratos de las Administraciones públicas, sean administrativos o privados. Se trata de contratos administrativos o privados en función de las reglas contempladas en el art. 25 LCSP.

13. Arts. 25 y 26.2 LCSP.

14. Adviértase que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe núm. 57/2018, de 2 de julio, ha declarado la aplicabilidad de las reglas del contrato menor a los contratos privados. También son aplicables las reglas del contrato menor a los contratos administrativos especiales (*vid.* Informe núm. 1/2019, de 9 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

blecer dos regímenes diferenciados en función de que se trate de contratos administrativos o de contratos privados.

En cuanto a su régimen de ejecución, estos contratos de menor cuantía son siempre contratos privados sujetos a derecho privado. Ahora bien, el artículo 319 LCSP sujeta expresamente todos los contratos de los PANAP, también los de menor cuantía, a determinados preceptos de la LCSP típicamente aplicables a los contratos administrativos¹⁵. Se restringe de esa manera la libertad de configuración del contrato de menor cuantía¹⁶.

Por último, resulta necesario hacer una breve mención a cómo juegan las normas europeas en el régimen de ejecución de los contratos de menor cuantía.

Con carácter general la ejecución de los contratos del sector público es una cuestión alejada de las normas europeas en la materia (las “directivas”)¹⁷. Estas se refieren esencialmente a la adjudicación de los contratos, con limitadas excepciones como la regulación europea en materia de subcontratación o de modificación; regulación que persigue bien objetivos horizontales de la contratación, bien proteger la propia licitación. Además, las directivas resultan aplicables a partir de unos umbrales que están muy alejados de los establecidos para los contratos de menor cuantía¹⁸.

Por tanto, puede afirmarse que los contratos de menor cuantía se sitúan muy al margen de las directivas. Ahora bien, dos circunstancias matizan la conclusión anterior.

Primera, que los principios de no discriminación y transparencia se aplican a todos los contratos de interés transfronterizo, con independencia de que no alcancen los umbrales de las directivas, en la medida en que se trata de principios que derivan directamente de los tratados¹⁹. Si bien podemos

15. El art. 319 LCSP señala que será aplicable a la fase de ejecución de los contratos privados “lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243”. Se prevé también una autorización *ad hoc* de la Administración de tutela para modificaciones no previstas en los pliegos. Por último, le son de aplicación algunas causas de resolución del contrato.

16. Esa restricción no opera en el caso de contratos de menor cuantía adjudicados por entidades del sector público que no sean poder adjudicador. En esos casos el régimen aplicable es el derecho privado, de conformidad con el artículo 322 LCSP.

17. En la actualidad, las directivas vigentes son la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 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; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

18. En España los umbrales se recogen en los arts. 19 a 23 LCSP.

19. Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182. Un análisis detallado, en Codina García-Andrade (2014) o De Mars (2013).

asumir que un contrato de menor cuantía no tendrá un interés transnacional, lo cierto es que será una cuestión a resolver caso a caso.

Segunda, que en la medida en que el legislador español ha decidido aplicar a los contratos de menor cuantía unas soluciones expresamente recogidas en las directivas (al no establecer un régimen específico de ejecución, sino aplicarles la LCSP), el principio de interpretación uniforme del derecho de la Unión Europea conduce a que la interpretación que el Tribunal de Justicia realice de tales interpretaciones sea aplicable también a los contratos de menor cuantía²⁰.

En definitiva, el régimen de ejecución de los contratos de menor cuantía, ante la habitual ausencia de pliegos, viene determinado en gran medida por la LCSP y por la voluntad de las partes en aquellas cuestiones al margen del derecho necesario de la norma (un derecho necesario que se presenta con mayor intensidad en el caso de los contratos menores administrativos).

2.2

Delimitación de la fase de ejecución del contrato

Una vez adjudicado el contrato de menor cuantía dará comienzo su ejecución. Recuérdese que los contratos de menor cuantía no requieren de documento de formalización para su perfeccionamiento, que se produciría con la adjudicación²¹, si bien en la práctica no es extraño que el contrato se formalice mediante documento suscrito por ambas partes donde se recojan aunque sea de manera limitada los derechos y obligaciones aplicables a la relación contractual²².

La ejecución del contrato finaliza cuando da comienzo la fase de extinción del mismo, que podrá ser extinción por cumplimiento o por resolución. Las especialidades del contrato de menor cuantía en esa parte final de la ejecución son más prácticas que teóricas. Esto es, la LCSP no prevé un régimen diferenciado, pero ocurre en la práctica que determinadas actuaciones no se realizan o se hacen de un modo más flexible. Buen ejemplo de ello son

20. Al respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2017, C-295/16, *Euro-pamur Alimentación*, ECLI:EU:C:2017:782, apdos. 29 a 32.

21. Arts. 36.1, 118 y 153.2 LCSP. El art. 36, de la perfección de los contratos, dice expresamente que “los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores [...], se perfeccionan con su formalización”. Respecto a los documentos que deben obrar en el expediente administrativo, nos remitimos al estudio de esta obra dedicado a la adjudicación de los contratos.

22. Si se trata de un contrato administrativo de obras, antes de comenzar la ejecución habrá que proceder a la comprobación del replanteo y el levantamiento del acta correspondiente. Arts. 237 LCSP y 139 del Real Decreto 1098/2001.

el acto de conformidad de la Administración y el acto de comprobación de la inversión, que en los casos de los contratos menores se llevan a cabo con menores formalidades.

Respecto a las causas de resolución de un contrato menor, serán aplicables directamente las recogidas en la LCSP cuando se trate de un contrato administrativo. En cambio, en el caso de contratos de menor cuantía de los PANAP habrá que estar con carácter general a lo previsto en la documentación contractual o, en su defecto, al Código Civil (el artículo 318 LCSP solo se remite a los preceptos relativos a la resolución contenidos en la LCSP para el caso de imposibilidad de modificar el contrato, de impago de salarios y de resolución de concesión de obras y de servicios)²³.

3

Cuestiones relevantes de la ejecución

3.1

Modificación

La regulación de la modificación de los contratos del sector público ha variado enormemente en los últimos veinte años, pasando por un estadio de gran flexibilidad (antes de 2011 y sobre todo antes de 2007), luego por otro de excesiva restricción (2011-2017) y, finalmente, el momento actual, uno de cierto equilibrio²⁴.

De manera muy breve, recordemos que los límites a la modificación de los contratos tienen su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo los asuntos *Succhi di Frutta*²⁵ y *Presstext*²⁶ los *leading case* en la materia. La esencia de la doctrina del Tribunal es que los principios de igualdad de trato entre licitadores y de transparencia podrían verse distorsionados si se aceptasen modificaciones que alterasen las condiciones esenciales del contrato adjudicado.

23. Estos contratos típicos de concesión curiosamente sí pueden ser menores cuando se trata de PANAP, de conformidad con el art. 318 LCSP, pero no así cuando son contratos administrativos

24. Sobre la modificación del contrato véase Horgué Baena (1997) o Vázquez Matilla (2015), entre otros. Sobre la evolución de la regulación hasta la vigente LCSP, véase en detalle Codina García-Andrade (2019).

25. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236.

26. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351.

El asunto *Presstext* recoge muy bien cuáles fueron los límites que sirvieron para configurar el actual sistema y que giraban sobre el concepto de modificación sustancial. Para saber si una modificación alteraba sustancialmente el contrato se debía realizar el triple test siguiente:

- a) Test de licitación: “cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”²⁷.
- b) Test de objeto: “cuando amplía el contrato en gran medida, a servicios inicialmente no previstos”²⁸.
- c) Test de equilibrio: “cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”²⁹.

Hoy esos límites están codificados con matices en las directivas. Uno de los matices más relevantes en lo que aquí interesa es que las directivas introdujeron un sistema de causas habilitantes de la modificación, cada una con sus propios límites, así como un supuesto de modificaciones menores³⁰.

Las directivas fueron transpuestas, también con matices, en la LCSP. Hoy los límites a la modificación del contrato están contenidos en los artículos 203 a 205 LCSP, que son preceptos aplicables tanto a los contratos administrativos como a los contratos adjudicados por los PANAP en virtud de la remisión que contiene el artículo 319 LCSP. No serán aplicables estos límites a los contratos de las entidades del sector público que no sean poder adjudicador, salvo que así se establezca en los documentos contractuales.

La LCSP no establece una excepción en la aplicación de estas normas sobre modificación ni respecto a los contratos menores de carácter administrativo ni respecto a los contratos de menor cuantía de los PANAP, de carácter privado. Esa ausencia de previsión expresa obliga, pues, a aplicar también a estos contratos las normas sobre modificación (los contratos menores lo harán en su condición de contratos administrativos, mientras que los contratos de menor cuantía de los PANAP, en virtud de la remisión que realiza el artículo 319 LCSP).

27. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apdo. 35.

28. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apdo. 36.

29. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apdo. 37.

30. Se trata del muy útil art. 72.1.e) de la Directiva 2014/24, que no ha sido transpuesto de manera efectiva en el ordenamiento español, donde el supuesto de modificaciones no significativas ha quedado diluido.

Repasamos a continuación los preceptos dedicados a la modificación para remarcar cuáles son los límites más relevantes en la práctica para este tipo de contratos.

Los contratos de menor cuantía podrán modificarse si en la documentación contractual se incorpora lo que de manera imprecisa la LCSP denomina modificaciones previstas (la mención del artículo 203 y 204 LCSP al pliego de cláusulas administrativas particulares debe entenderse hecha a la documentación contractual inicial). En la práctica, no siempre se incluyen este tipo de cláusulas en los contratos de menor cuantía, dado que habitualmente son contratos poco complejos y de duración reducida. En todo caso, es una opción perfectamente viable siempre que no superen “un máximo del veinte por ciento del precio inicial”.

Estas cláusulas de modificación incluidas en la documentación contractual deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 204 LCSP. De todos esos límites, hay dos cuestiones que merece la pena destacar aquí por los problemas que plantean en la práctica.

En primer lugar, las modificaciones previstas deben ser tenidas en cuenta a la hora de calcular el valor estimado del contrato³¹. El valor estimado es precisamente el parámetro que se utiliza para delimitar los umbrales previstos para los contratos de menor cuantía³². Por tanto, las modificaciones previstas impactan de lleno en la posibilidad de acudir o no a un contrato de menor cuantía (o, vista la cuestión desde la óptica contraria: acudir a un contrato de menor cuantía afecta en la práctica a la posibilidad de introducir una modificación prevista). Imaginemos un contrato de servicios por el que se pretende abonar 15 000 euros si se ejecuta correctamente el servicio contratado. En ese contrato la posibilidad de introducir modificaciones previstas será inexistente, ya que la modificación prevista, por mínima que fuera, situaría ya el valor estimado por encima del límite previsto para los contratos de menor cuantía.

En segundo lugar, merece la pena destacar otro de los límites de la modificación prevista que podría dificultar la introducción de estas modificaciones en el caso de contratos de menor cuantía. Se trata de la prohibición de incluir modificaciones que puedan “alterar la naturaleza global del contrato inicial”. El propio artículo 204 LCSP establece:

“En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se enten-

31. Art. 101.2 LCSP.

32. Arts. 118 y 318 LCSP.

derá 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. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual”.

El concepto de “alteración de la naturaleza global del contrato” es un concepto jurídico indeterminado que tiene su origen en el artículo 72.1.a) de la Directiva y que no solo es predicable de las modificaciones previstas, sino que también es un límite para las modificaciones imprevistas derivadas de circunstancias imprevisibles y de las modificaciones no sustanciales.

Los distintos autores se aproximan al concepto desde varias ópticas. Para Horgué Baena (2018: 2277), este concepto “está aludiendo a un cambio que implica una subversión del propio tipo de contrato o de su objeto, al punto de hacerlo radicalmente distinto, o que pueda entenderse que comporta su sustitución”. En un sentido similar, Arrowsmith (2015: 589) afirma que es necesario no solo analizar la similitud de las prestaciones, sino también su cantidad, y considera, por ejemplo, que no sería jurídicamente viable una cláusula que permitiera pasar de 10 unidades a 50.

Para Gallego Córcoles (2015: 29), este criterio de “naturaleza global” no hace referencia a la naturaleza del contrato, sino a las características esenciales del procedimiento de contratación llevado a cabo. Esa alteración sería lo que Giannelli (2012: 239) ha llamado “*essenzialità procedimentale*” de la modificación.

A mi juicio la respuesta debe buscarse en el espíritu de la norma sobre modificación del contrato, en su razón de ser: proteger la licitación. Se trataría, pues, de analizar si la modificación tiene capacidad de impactar en el resultado que se derivó del procedimiento de adjudicación. En ese sentido, por ejemplo, la Directiva, en su considerando 109, afirma que esta naturaleza se altera “si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado”. Es decir, la Directiva, en línea con su enfoque licito-céntrico, vincula la existencia de una alteración de la naturaleza del contrato a que pueda existir una “hipotética influencia en el resultado”.

Bajo ese prisma, la hipotética influencia en el resultado de las modificaciones previstas habrá que valorarla en función de cómo se configuró el contrato de menor cuantía y de las ofertas solicitadas al respecto (si las hubiera). Lo que no parece que concurra es un riesgo procedimental en la medida en que, como hemos dicho, la modificación prevista debe tenerse en cuenta al

calcular el valor estimado del contrato, por lo que nunca podría servir para superar los umbrales establecidos para acudir al contrato de menor cuantía.

Además de las modificaciones previstas, la LCSP prevé la posibilidad (excepcional, dice el artículo 203 LCSP) de modificar el contrato sin que ello esté previsto en el mismo. No existe en la norma ninguna limitación expresa a la utilización de estas modificaciones en los contratos de menor cuantía, si bien es obvio que su necesidad en este tipo de contratos será menor por la complejidad y duración de estos contratos³³. Ese “excepcionalmente” que contiene el artículo 203 LCSP puede ser un obstáculo a la modificación del contrato de menor cuantía por causas imprevistas.

Las condiciones para acudir a la modificación por causas no previstas son dos: que la modificación pueda subsumirse en alguna de las justificaciones previstas en el artículo 205 LCSP, y que la modificación “se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”³⁴.

Las justificaciones (o causas habilitantes, como se han denominado también) que prevé la norma para introducir modificaciones son tres: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles, y modificaciones no sustanciales. Cada una de ellas presenta sus propias limitaciones. De hecho, a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, que contemplaba un listado común de límites, ahora la LCSP establece distintos límites para cada una de las justificaciones.

Se analizan a continuación algunas cuestiones que pueden ser relevantes para un contrato de menor cuantía en relación con cada una de las justificaciones. En todas ellas la interpretación de los casos dudosos debe estar informada por ese enfoque licito-céntrico que dio origen a las reglas sobre modificaciones. Por ejemplo, habrá que tener en cuenta si se han solicitado las ofertas o si se han aceptado propuestas de terceros (algo que no resulta obligatorio en el caso de contratos de menor cuantía)³⁵.

33. Como señalan Canales *et al.* (2022: 754), el contrato de menor cuantía se utiliza para satisfacer necesidades puntuales, concretas y perfectamente definidas. En el mismo sentido, Gavilán López (2023) y Arenas Alegría (2019), con cita de doctrina de las juntas consultivas al respecto (*vid.*, por ejemplo, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña núm. 14/2014, de 22 de julio).

34. La LCSP no especifica qué debe entenderse por esa “causa objetiva” que haga necesaria la modificación. Bien pueden ser únicamente modificaciones que sean necesarias para dar recto cumplimiento al contrato (nada más), bien pueden ser modificaciones que permitan una mayor satisfacción del interés general, aunque se trate de ir más allá del inicial objeto contractual. La única justificación que sí incluye intrínsecamente una causa es la de modificaciones por circunstancias imprevisibles.

35. Informe núm. 8/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que expresamente establece que, “por su propia naturaleza como un supuesto de adjudicación directa, en la adjudicación de un contrato menor no resulta necesario aceptar ni valorar ofertas de licitadores a los que no se haya dirigido expresamente el órgano de contratación”.

Respecto a la modificación que se refiere a trabajos adicionales a los inicialmente contratados (art. 205.2.a LCSP), interesa poner el foco en una de las condiciones, la que se refiere a que este tipo de modificación solo es posible cuando “el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico”³⁶, o cuando, siendo posible, el cambio de contratista “generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación”. Nada impide que se aplique esta justificación a un contrato menor. Ahora bien, el tipo de prestaciones que suelen adjudicarse a través de un contrato de menor cuantía no suelen presentar una complejidad tal que el cambio de contratista sea imposible o genere inconvenientes significativos. Habrá que analizar caso a caso esta cuestión, teniendo en cuenta que los “inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes” habrá que medirlos en relación con el contrato de que se trate y no en términos absolutos. Por tanto, unos costes adicionales de, por ejemplo, 3000 euros, pueden ser subsumibles bajo la categoría de “aumento sustancial de costes” en el caso de un contrato de 6000 euros.

Respecto a la modificación que se refiere a circunstancias imprevisibles (art. 205.2.b LCSP), se pueden realizar comentarios en relación con todos los requisitos que plantea esta causa justificativa. El primero y más evidente es que en un contrato cuya duración prevista no puede exceder de un año, la posibilidad de que concurren circunstancias que no se hubieran podido prever en el momento de la adjudicación son reducidas (no imposibles, como se ha comprobado con el COVID-19). El examen de la concurrencia de esas circunstancias será más restrictivo si cabe que en otros supuestos. En segundo lugar, esta causa justificativa no permite modificaciones que alteren la naturaleza global del contrato. Como decíamos antes, ese criterio debe entenderse desde un punto de vista licito-céntrico y no tanto respecto a la magnitud de la modificación (que aquí tiene su propio límite: que la cuantía no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido).

Por último, la LCSP permite modificaciones no sustanciales (art. 205.2.c LCSP), sin que aquí tampoco se prevea una restricción dirigida a los contratos de menor cuantía. Estas modificaciones exigen una justificación reforzada de su necesidad, así como una explicación de por qué no se incluyeron en el contrato, sin que esta última exigencia pueda equipararse a un requisito de imprevisibilidad.

36. El propio artículo establece como ejemplo el caso en que el cambiar de contratista obligase al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a las inicialmente contratadas, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas.

Además, las modificaciones no sustanciales solo podrán llevarse a cabo si no concurre ninguno de los criterios de sustancialidad recogidos en el propio artículo 205.2.c LCSP. El que más relevancia tiene en el caso de contratos de menor cuantía es el que establece que será sustancial una modificación que “introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación”. Aquí cabría subsumir toda aquella modificación que condujese a superar los umbrales establecidos para los contratos de menor cuantía, ya que en esos casos el procedimiento de adjudicación directa y carente de publicidad hubiera dejado de ser aplicable³⁷. En todo caso, la modificación de un contrato que no sea subsumible en el artículo 205.2.b LCSP todavía podría llevarse a cabo siempre y cuando sea subsumible en alguno de los demás supuestos habilitantes del artículo 205.2 LCSP.

3.2

Figuras afines a la modificación: cesión, revisión de precios y prórroga

El artículo 203 LCSP identifica un conjunto de figuras que, siendo propiamente una modificación del contrato, cuentan con un régimen legal diferenciado. Se trata de “la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución”. Vamos a repasar alguna de ellas a la luz de las necesidades de un contrato de menor cuantía.

Comenzando por la sucesión del contratista y la cesión, la LCSP no establece ninguna excepción a la aplicación del régimen general tanto a los contratos menores como a los contratos de menor cuantía de los PANAP. Por tanto, ese régimen general, que enseguida recordamos, será aplicable a estas figuras.

En el caso de la sucesión del contratista, todos los contratos del sector público deben estar a lo previsto en el artículo 98 LCSP. Como indica expresamente ese precepto, se trata de supuestos específicos (fusión, escisión, transmisión de ramas de actividad) en los que no se requiere una autori-

37. Habrá que realizar un análisis caso a caso, ya que podría ocurrir que el órgano de contratación hubiera solicitado varias ofertas en un contrato que, en caso de no ser adjudicado por el procedimiento utilizado para contratos de menor cuantía, pudiera ser adjudicado a través de un negociado sin publicidad.

zación administrativa, sino que es suficiente “comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido”. Se trata, pues, de una comunicación *ex post*.

En el caso de la cesión, la LCSP contiene una regulación para los contratos administrativos (art. 214 LCSP), que es aplicable también a los contratos de los PANAP *ex artículo* 319 LCSP. En ambos casos la posibilidad de cesión debe estar prevista en la documentación contractual. En la práctica, los contratos de menor cuantía suelen negar la posibilidad de cesión o guardar silencio al respecto. En este último caso resultará discutible que pueda acudir al mecanismo de la cesión, ya que su previsión expresa en la documentación contractual es, como acabamos de señalar, un requisito establecido en el artículo 214 LCSP, que exige que la cesión sea “una opción inequívoca de los pliegos”.

Respecto a la revisión de precios, la posibilidad de ser aplicada a los contratos menores se ve afectada irremediablemente por la limitación establecida en el artículo 103.5 LCSP. Este precepto prevé que la revisión periódica y predeterminada (que es la única permitida si atendemos al artículo 103.1 LCSP) solo proceda “cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el importe ejecutado en el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión”. Esta limitación impide que los contratos menores puedan ser objeto de un procedimiento específico de revisión de precios.

Respecto a la ampliación del plazo, regulada en el artículo 195 LCSP, nada obstaría a su aplicación a los contratos menores cuando se trate de retrasos producidos por motivos no imputables al contratista. En esos casos se trata tan solo de conceder al contratista un plazo adicional que “será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”. El régimen de la ampliación de plazo –y sus limitaciones– solo es aplicable a los contratos administrativos. En el resto de contratos la libertad de las partes para acordar tal ampliación es mayor.

Cuestión distinta es la aplicación de la prórroga. El artículo 29.8 LCSP establece que “los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”. Se prohíbe por tanto la aplicación de la prórroga a los contratos menores del artículo 118 LCSP. Cabe preguntarse si tal limitación aplica también a los contratos de menor cuantía adjudicados por los PANAP, regulados en el artículo 318 LCSP.

El artículo 29.8 LCSP, que prohíbe la prórroga en contratos menores, se remite expresamente al 118 LCSP, pero no al artículo 318 LCSP (y

este último no contiene ninguna remisión al artículo 118 LCSP, a pesar de que la técnica de remisión es intensamente utilizada al regular los efectos y extinción de los contratos adjudicados por los PANAP). La remisión del artículo 29.8 LCSP es muy precisa, como se observa a continuación:

“8. Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”.

Por tanto, el legislador subraya que la prohibición de prórroga se refiere a los contratos definidos en el artículo 118 LCSP (los contratos menores de la Administración). Así pues, ni la interpretación literal ni la sistemática conducirían a que la prohibición de la prórroga fuese aplicable a los contratos PANAP. Sí lo haría, en cambio, una interpretación finalista de la regulación de los contratos de menor cuantía. A mi juicio, sin embargo, una ausencia de prohibición expresa aplicable debe decidirse a favor de la libertad de pactos que rige todo contrato del sector público.

3.3 Subcontratación

La LCSP contempla un régimen de subcontratación de los contratos administrativos en sus artículos 215 a 217 (con algunas especialidades para determinados contratos típicos). Ese régimen se aplica a los contratos de los PANAP ex artículo 319 LCSP.

Estos preceptos no incluyen ninguna especialidad en relación con los contratos de menor cuantía. Habrá que estar, pues, a las reglas generales de la LCSP. Lo que no cabe es pretender una prohibición de subcontratación en los casos de contratos de menor cuantía, ya que de haberlo querido así el legislador lo hubiera previsto expresamente. Una previsión que, por cierto, sería contraria al derecho de la Unión, que combate cualquier limitación injustificada y generalizada de la subcontratación³⁸.

Sí será posible que el documento contractual identifique cuáles son las prestaciones críticas que no pueden ser objeto de subcontratación (artículo 215.2.d LCSP).

³⁸. En ese sentido hay que advertir que la subcontratación no puede estar limitada porcentualmente de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ahora positivizada en la norma española. Véase la línea doctrinal iniciada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2016, C-406/14, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu*, ECLI:EU:C:2016:562.

3.4

La utilización del contrato de menor cuantía como mecanismo para paliar los problemas en la ejecución de otros contratos

Antes de concluir, puede resultar útil al lector que el trabajo aborde, siquiera brevemente, una situación que, en la práctica, se plantea de manera recurrente. Nos referimos aquí a la utilización del contrato de menor cuantía como un instrumento para solucionar problemas que ocurren durante la ejecución de otros contratos. Estamos pensando, en particular, en dos situaciones: (i) acudir al contrato de menor cuantía para completar aquellos aspectos necesarios para una más completa ejecución de otro contrato; y (ii) utilizar el contrato de menor cuantía como un medio para prolongar un contrato –normalmente de servicios– el tiempo necesario para adjudicar un nuevo contrato que dé continuidad a la prestación de servicios.

En relación con la primera de estas prácticas, se trataría de utilizar el contrato de menor cuantía como una alternativa a la modificación del contrato principal. Pues bien, *a priori* esta opción no será jurídicamente viable, en la medida en que la LCSP ha previsto una vía específica para modificar el contrato, con unos límites que deben ser observados. Acudir a un contrato de menor cuantía para eludir la aplicación de tales límites podría ser considerado un fraude de ley³⁹.

A una conclusión distinta se llega si las necesidades que se pretenden adjudicar no guardan relación con el contrato preexistente o, por utilizar la terminología aplicada en este ámbito, en el supuesto de que las prestaciones pertenezcan a una unidad funcional diferenciada⁴⁰. En ese caso nada obstaría a la celebración de un contrato menor (de la misma manera que, si ya preexistiese un contrato menor, sería posible que el contratista acudiese a licitaciones posteriores del mismo órgano de contratación).

Una conclusión similar se alcanza en relación con la segunda de las cuestiones, esto es, utilizar la contratación menor como remedio para prolongar un contrato el tiempo necesario para adjudicar un nuevo contrato que dé continuidad a la prestación. Esta es una alternativa a una mala práctica habitual como es acordar la prórroga forzosa o, directamente, acudir a una prórroga tácita (actualmente vedada por el ordenamiento, pero en la práctica más co-

39. En términos similares se pronuncia el Informe núm. 1/2019, de 9 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: “Comenzando por los contratos de cafetería, la primera de las hipótesis que debemos valorar es que se trate de prestaciones que hayan sido demandadas por la Universidad, pero que no estuvieran previstas ni incluidas específicamente como parte de un contrato preexistente. En este supuesto sería necesario proceder a una nueva licitación porque otra solución implicaría incluir las nuevas prestaciones en un contrato que no las contenía y no puede sostenerse jurídicamente”.

40. Respecto a este concepto, ver Arenas Alegría (2019).

mún de lo deseable). Se trata de una alternativa que no tiene reconocimiento expreso en el ordenamiento y cuya viabilidad jurídica sería cuestionable por las mismas razones que en el caso anterior: se trata de la modificación de un elemento del contrato preexistente –en este caso el elemento temporal– que elude la aplicación de las normas generales en relación con la prórroga.

4

Conclusiones

En las páginas anteriores se han repasado algunas cuestiones relevantes de la fase de ejecución a la luz de las necesidades y limitaciones del contrato de menor cuantía.

El régimen de ejecución de los contratos de menor cuantía, ante la habitual ausencia de regulación contractual detallada en los pliegos, viene determinado en gran medida por la LCSP y por la voluntad de las partes en aquellas cuestiones que se sitúan al margen del derecho necesario de la norma (un derecho necesario que se presenta con mayor intensidad en el caso de los contratos menores administrativos que en el de los contratos de menor cuantía de los PANAP).

Como se ha comprobado en este trabajo, en la mayoría de cuestiones relativas a la ejecución del contrato, la LCSP no contiene especiales restricciones por el hecho de tratarse de contratos de menor cuantía (sí lo hace, por ejemplo, con la prórroga, que prohíbe expresamente en el caso de contratos menores del art. 118 LCSP). Por tanto, ante la ausencia de previsiones específicas debe concluirse que en la ejecución de los contratos de menor cuantía habrá que estar a las previsiones generales aplicables a otros contratos. Ello no obsta para que, en la aplicación de esas previsiones generales, se haya de atender a la especial naturaleza de los contratos de menor cuantía. Son esas especialidades, más prácticas que normativas, las que se han tratado de abordar en el presente trabajo.

5

Bibliografía

Arenas Alegría, C. C. (2019). Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.

Arrowsmith, S. (2015). *The law of public and utilities procurement* (3.^a ed.). Londres: Sweet & Maxwell.

- Canales Gil, Á., Huerta Barajas, J. A., Canales Menés, P. y Huerta Mérida, C. (2022). *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*. Madrid: BOE.
- Canales Gil, Á. y Huerta Barajas, J. A. (2018). *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*. Madrid: BOE.
- Codina García-Andrade, X. (2014). La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas. *Revista Española de Derecho Europeo*, 50, 73-101.
- (2019). *La modificación de los contratos del sector público*. Madrid: BOE.
- De Mars, S. (2013). The limits of general principles: a procurement case study. *European Law Review*, 38 (3), 316-334.
- Gallego Córcoles, I. (2015). La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. *X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi - Universidad de Zaragoza.
- Gavilán López, J. (2023). Los últimos problemas prácticos del contrato menor. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63.
- Giannelli, A. (2012). *Esecuzione e rinegoziazione in materia di appalti pubblici*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Hart, O. y Moore, J. (1988). Incomplete Contracts and Renegotiation. *Econometrica*, 56 (4), 755-785.
- (2008). Contracts as Reference Points. *The Quarterly Journal of Economics*, 123 (1), 1-48.
- Horgué Baena, C. (1997). *La modificación del contrato administrativo de obras*. Madrid: Marcial Pons.
- (2018). Modificación de los contratos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público* (tomo III, pp. 2259-2312). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Fernández, J. M. (2017). La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20.
- Vázquez Matilla, J. (2015). *La modificación de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi.

El fraccionamiento del objeto del contrato: directrices y límites en la contratación menor

SILVIA DíEZ SASTRE

*Profesora titular de Derecho Administrativo
(acr. catedrática de Universidad).
Instituto de Derecho Local de la
Universidad Autónoma de Madrid*

- 1. Planteamiento**
- 2. Aproximación metodológica**
- 3. Condicionantes normativos**
 - 3.1. Europeización: el fraccionamiento en negativo
 - 3.2. Normativa vigente: fraccionamiento prohibido y división en lotes obligatoria
- 4. Criterios para determinar la existencia de fraccionamiento**
 - 4.1. De carácter teleológico
 - 4.2. De carácter subjetivo
 - 4.2.1. *Entidad contratante*
 - 4.2.2. *Unidad funcional subjetiva*
 - 4.2.3. *Adjudicatario*
 - 4.3. De carácter objetivo
 - 4.3.1. *Objeto*
 - 4.3.2. *Causa*
 - 4.3.3. *Duración*
- 5. Prevención del fraccionamiento: planificación de la contratación**
- 6. Consecuencias del fraccionamiento**
- 7. Reflexiones finales**
- 8. Bibliografía**

Resumen

Los contratos menores permiten adquirir obras, servicios y suministros mediante adjudicación directa cuando se cumplen los requisitos previstos legalmente. La simplificación y agilidad de esta forma de adjudicación conduce, en ocasiones, al fraccionamiento del objeto del contrato. Se celebran

Artículo recibido el 31/05/2023; aceptado el 20/06/2023.

contratos sucesivos con el mismo objeto o se fragmenta el objeto de un contrato más amplio para beneficiarse de las reglas de adjudicación directa. El fraccionamiento del objeto del contrato supone una vulneración de las reglas y los principios de la contratación pública. La ausencia de una definición legal del fraccionamiento exige ordenar los criterios que permiten identificarlo en cada caso. Este trabajo pretende contribuir a esa tarea en un plano de metodología aplicativa, atendiendo al derecho positivo europeo y nacional, así como al material jurídico elaborado en la práctica administrativa y judicial.

Palabras clave: *objeto del contrato; unidad funcional; fraccionamiento; contratos menores.*

Public Contracts Splitting: Guidelines and Limits in Small Contracts

Abstract

Small contracts allow the direct award of works, services, and supplies when certain legal requirements are met. The simplification and agility of this award method sometimes leads to the splitting of the subject matter of the contract. To benefit from these direct award rules consecutive contracts with the same subject matter are concluded or larger contracts are divided. Splitting the subject matter of the contract is a violation of the rules and principles of public procurement. The absence of a legal definition of splitting requires an effort to organize the criteria that allow to identify it case by case. This article aims to contribute to achieving this goal from a dogmatic approach, considering EU and national law, as well as the legal criteria developed in administrative and judicial practice.

Keywords: subject matter of the contract; functional unit; splitting; small contracts.

1

Planteamiento¹

Los contratos menores permiten adquirir de forma directa –sin la tramitación de un procedimiento– determinadas prestaciones cuyo valor estima-

1. Abreviaturas: art.: artículo; arts.: artículos; BOE: Boletín Oficial del Estado; CCCA: Comisión Consultiva de Contratación Administrativa; D.A.: disposición adicional; E.M.: exposición de

do no supere el umbral económico fijado legalmente, con una duración máxima anual (arts. 131.3 y 29.8 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP)². De una lectura aislada de esta regulación, podría pensarse que este tipo de contratos se caracteriza por su valor estimado, de modo que los contratos podrían dividirse libremente para emplear esta forma de adjudicación (art. 118.1 LCSP). Ciertamente, el legislador de contratos abre un amplio margen de decisión al órgano de contratación para determinar qué quiere contratar y cómo quiere hacerlo (Candela Talavero, 2019: 37-38)³. Sin embargo, esa discrecionalidad está guiada y limitada, fundamentalmente, por los principios de la contratación pública (art. 1.1 LCSP). La adjudicación directa de los contratos menores supone una desviación de esos principios que se justifica porque el volumen económico del contrato convierte en ineficiente la licitación: los costes de tramitar un procedimiento de adjudicación son superiores a los beneficios que se obtienen de él (Díez Sastre, 2023)⁴. Además, esta forma de contratación cobra sentido para simplificar y agilizar la adquisición de ciertas prestaciones (García, García, 2016; Garcés Sanagustín, 2018: 100)⁵. En la lógica mencionada, no cabe utilizar

motivos; IVA: impuesto sobre el valor añadido; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa; LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; LCE: Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado; LCSP 2007: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; núm.: número; OARC: Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi; OIReScón: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación; PANAP: poder adjudicador no Administración pública; rec.: recurso; SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional; Secc.: Sección; SJCA: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo; SSTSJ: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia; STG: Sentencia del Tribunal General; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACPCAM: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TARCCYL: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León; TARCJA: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TRLCAP: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; TRLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; UE: Unión Europea.

2. Artículos 118 y 318 LCSP: 40 000 euros para contratos de obras (y concesiones, para antes que no son Administración pública) y 15 000 euros para contratos de servicios y suministros. Este umbral se reduce en algunos casos; por ejemplo, artículo 159.1 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, del Parlamento de Cataluña: 5000 euros (sin IVA) en suministros y servicios, y 12 000 euros (sin IVA) en obras. Esos umbrales no pueden superarse por vía de la modificación del contrato menor: Informe 4/2001, de 4 de abril, de la JCCA de Madrid.

3. Resolución 295/2016, del TARC de la Junta de Andalucía, y Resolución 244/2016, del TACRC.

4. En ese sentido, la Autoridad Catalana de la Competencia: Red. ACCO: OB 56/2021 – Contratación menor, de 21 de abril de 2021, p. 2; también el Consejo Vasco de la Competencia: Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, p. 6.

5. En la doctrina de los órganos consultivos: Dictamen 383/19, de 3 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

contratos menores allí donde la licitación sí sería eficiente porque supondría una vulneración injustificada, tanto de las reglas como de los principios de la contratación pública. De ahí puede derivarse un deber de interpretar restrictivamente la posibilidad de excepcionar las reglas de licitación por esta vía (Garcés Sanagustín, 2018: 104).

El legislador condiciona la adjudicación directa en estos casos al valor estimado fijado legalmente y a una serie de formalidades en la tramitación del expediente. Una de esas formalidades consiste en motivar que el objeto del contrato no es producto del fraccionamiento de un objeto contractual más amplio que exigiría aplicar reglas de publicidad y procedimiento más exigentes (art. 118.2 en conexión con el art. 99.2 LCSP)⁶. El fraccionamiento del objeto del contrato alude, así, a la partición indebida de la prestación para evitar la aplicación de las reglas de publicidad y procedimiento contenidas en la Ley. Existen otro tipo de conductas que alteran el objeto del contrato, pero con fines distintos: por ejemplo, cuando se establece la necesidad de adquirir un tipo de producto determinado, limitando la competencia entre los posibles operadores económicos interesados. De las posibles manipulaciones que afectan a la configuración del objeto del contrato, aquí interesan solo las relativas a su escisión fraudulenta con el fin de sacar provecho a las reglas de adjudicación directa propias del contrato menor.

Es evidente que el fraccionamiento del objeto del contrato no se manifiesta únicamente en los contratos menores. Se trata de un problema ligado a la configuración del objeto del contrato, que plantea numerosos interrogantes en la práctica. Puede existir allí donde el legislador fija umbrales económicos que determinan la aplicación de reglas de contratación más o menos exigentes. Por esa razón, aparece en el derecho europeo –en relación con la caracterización de un contrato como armonizado o no armonizado⁷, o a nivel interno –cuando se pretende aplicar, por ejemplo, un procedimiento como el abierto simplificado abreviado (art. 159.6 LCSP)⁸ o, conforme a la normativa anterior, cuando se pretendía emplear el procedimiento negociado sin publicidad (Rodríguez Martín-Retortillo, 2017: 194)–. En la práctica ha sido habitual que el fraccionamiento tenga como finalidad aplicar las reglas que permiten la adjudicación directa del contrato y, de

6. Estos son algunos de los problemas encontrados en la contratación menor por el Tribunal de Cuentas en sus informes n.º 1.124 de fiscalización de la contratación menor celebrada por la Tesorería General de la Seguridad Social, de 7 de agosto de 2015, pp. 25-26; y n.º 1.189 de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales en el ejercicio 2014 y 2015, de 26 de agosto de 2016, p. 31.

7. Por todas: STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000.

8. En ese sentido, el Dictamen 1116/2015, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

ese modo, ahorrarse la publicidad y la tramitación de un procedimiento⁹ –por ejemplo, se celebran distintos contratos con el mismo objeto dentro del año natural o en sucesivos años, de forma concatenada¹⁰ (Doncel Rodríguez, 2023: 4)–. Además, el fraccionamiento de los contratos para adjudicarlos directamente como contratos menores ha estado en la base de supuestos de corrupción especialmente mediáticos, lo que ha llevado en muchos casos a identificar los contratos menores con los problemas del fraccionamiento del objeto del contrato (Carrodeaguas Méndez, 2018: 59, 68; Razquin y Vázquez, 2017: 75).

En este contexto, el presente trabajo se ocupa del fraccionamiento del objeto del contrato, en la medida en que constituye uno de los límites legales más relevantes de la contratación menor y que más problemas de cumplimiento plantea en la práctica. Para analizarlo se realizan, en primer lugar, algunas consideraciones de tipo metodológico (2.). En segundo lugar, se atiende a los condicionantes normativos del fraccionamiento, tanto en el derecho europeo como en el derecho interno (3.). Seguidamente, se propone una ordenación de los criterios que se han deducido de la normativa de contratación pública para ayudar a la configuración de los contratos –especialmente, los contratos menores– y evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato (4.). A continuación, se hace referencia a la planificación de la contratación como técnica de prevención del fraccionamiento de los contratos (5.), así como una breve alusión a las consecuencias del fraccionamiento indebido (6.). El trabajo concluye con unas breves reflexiones finales (7.).

2

Aproximación metodológica

Este trabajo pretende contribuir a la identificación de los criterios que ayudan a apreciar, en su caso, la existencia de fraccionamiento del contrato en el ámbito de la contratación menor. Por esa razón, se ubica en el plano de la metodología aplicada y no de la metodología académica (Rodríguez de Santiago,

9. Informe 9/2009, de 15 de junio, de la CCCA de Andalucía.

10. Aparecen distintos ejemplos en el Informe n.º 1.124 de fiscalización de la contratación menor celebrada por la Tesorería General de la Seguridad Social del Tribunal de Cuentas, de 7 de agosto de 2015, pp. 26-27. También en el Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, del Consejo Vasco de la Competencia, pp. 11-12. Al respecto, también: dictámenes 929/2016 y 506/2017 del Consejo de Estado; informes de la JCCA del Estado 41/2017, de 2 de marzo de 2018, 42/2017, de 2 de marzo de 2018, y 73/18, de 26 de julio de 2019. Asimismo, hace alusión a los problemas de fraccionamiento irregular y la contratación menor la STSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) 297/2017, de 13 de julio.

2016: 12 y ss.). Esto significa que se trata de elaborar un catálogo de criterios que contribuya a crear la norma de conducta que debe guiar a las entidades del sector público (Rodríguez de Santiago, 2016: 24-25, 63 y ss.); y que, al mismo tiempo, servirá para fijar la norma de control para los órganos encargados de velar por el cumplimiento del derecho, tanto en el ámbito administrativo –el papel de los órganos de recursos contractuales es especialmente relevante en este ámbito– como en el judicial –contencioso-administrativo y, en última instancia, penal– (Rodríguez de Santiago, 2016: 24-25, 165 y ss.).

El legislador no introduce una definición, ni criterios específicos para identificar el fraccionamiento. Hay que hacer un esfuerzo de interpretación de los distintos mandatos que aparecen en la Ley, en especial, de los principios que rigen en la contratación pública. En la práctica se han desarrollado criterios de forma casuística a partir de los casos concretos de las consultas a órganos consultivos o criterios determinados en la jurisprudencia administrativa y contencioso-administrativa (Rojas Guerrero, 2007: 1881; en igual sentido, Vázquez Fernández, 2020). Puede decirse, así, que en la práctica se ha realizado una aproximación tópica a este problema (Díez Sastre, 2020). Se emplean diversos criterios que ayudan a analizar cada caso e identificar si, efectivamente, existe una fragmentación indebida del objeto del contrato que conduce a la burla de las reglas de procedimiento y publicidad. El hecho de que se trate de un ámbito en el que rige la tópica no debe restar rigor a la identificación de los problemas y de los conceptos y criterios que ayudan a encontrar buenas soluciones en la práctica; especialmente, si se atiende a las consecuencias que pueden derivarse del fraccionamiento irregular, que pueden proyectarse incluso en el ámbito penal.

En el análisis del material jurídico referido al fraccionamiento hay que atender a dos ejes que recorren la exposición. El primero se refiere a la influencia determinante que ejerce el derecho europeo tanto sobre la configuración del derecho positivo interno como sobre su interpretación. El segundo tiene que ver con la ambigüedad del término “fraccionamiento”, en la medida en que se proyecta también sobre la división en lotes. En ese sentido, la evolución de la normativa española de contratación pública ha desembocado en un tratamiento conjunto de los criterios que ayudan a justificar la división del contrato en lotes y los que detectan la existencia de un fraccionamiento prohibido. Los distintos fines de las reglas que orientan uno y otro fenómeno obligan a realizar un esfuerzo por distinguirlos y ponerlos en relación con su función.

Antes de comenzar con la exposición hay que precisar que las reglas del contrato menor –en sentido estricto– se proyectan únicamente sobre las Administraciones públicas (arts. 29.7 y 8, 36.1, 37.2, 63.4, 118, 131.3, 153.2 y 6, 154.5,

308.2, 335.1, D.A. 1.^a d] y e], D.A. 3.^ª3, D.A. 54.^a LCSP). Los poderes adjudicadores que no son Administración pública (PANAP) y los entes del sector público que no son poder adjudicador no celebran en puridad “contratos menores” porque en ningún momento el legislador se refiere a este concepto al regular la contratación de estos entes, ni se remite a las normas aplicables a las Administraciones públicas (Díez Sastre, 2018: 31 y ss.). En esos casos, las reglas previstas en el Libro Tercero de la LCSP prevén la posibilidad de que estos entes adjudiquen de forma directa los contratos de valor estimado inferior a 40 000 euros (obras y, además, concesiones de obras o servicios en el caso de los PANAP) o 15 000 euros (servicios y suministros), siempre que el empresario tenga capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar el objeto del contrato (arts. 318 a] y 321.2 a] LCSP).

En efecto, la Recomendación de 1 de marzo de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) del Estado considera que los contratos regulados en el artículo 318 a] LCSP “coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto”. Sin embargo, parece difícil aceptar esa interpretación a la luz de la literalidad y de la estructura sistemática que emplea el legislador. Se omite en todo momento el concepto de contrato menor cuando regula la contratación de entes distintos de las Administraciones públicas. Además, en el caso de los PANAP se refiere a un objeto distinto susceptible de adjudicación directa (concesiones de obras y de servicios). Atendiendo a estas razones, se considera importante tener en mente esta diferencia en el régimen jurídico previsto en la LCSP para cada tipo de entidad adjudicadora, aunque a lo largo del trabajo se hable en ocasiones de contratos menores en sentido amplio, refiriéndose a todo tipo de entes del sector público. Las conclusiones que puedan derivarse para el contrato menor celebrado por las Administraciones públicas no necesariamente se podrán extender de forma automática al resto de entidades del sector público. A lo largo de la exposición se realizan los matices pertinentes.

3

Condicionantes normativos

3.1

Europeización: el fraccionamiento en negativo

Desde finales del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX las normas reguladoras de la adjudicación de contratos administrativos por las enti-

dades locales preveían métodos para evitar una división de la materia dirigida a evitar la aplicación de las reglas de subasta o concurso (Rodríguez Martín-Retortillo, 2017: 197-199)¹¹. Esa aproximación a la idea de fraccionamiento convivía con reglas dirigidas a orientar la posible división del contrato en partes independientes. Así, como ejemplo, el artículo 21 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE), incluía la posibilidad de fraccionar el contrato de obras en proyectos independientes cuando haya partes susceptibles de utilización independiente o puedan ser sustancialmente definidas; en el resto de los tipos contractuales no se contenía una previsión similar¹².

Esta regulación del posible fraccionamiento del contrato aparecía también en las leyes dictadas en democracia proyectándose sobre todos los objetos contractuales. El término “fraccionamiento” se vinculó, así, legalmente a la división en lotes del contrato (art. 69.3 Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP; y art. 68.3 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP):

“No obstante, cuando el objeto admita fraccionamiento, justificándolo debidamente en el expediente, podrá preverse en el mismo la realización independiente de cada una de sus partes, mediante su división en lotes, siempre que éstas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto”.

Este mismo texto se incorporó en las leyes posteriores con algunas precisiones. A los criterios definidos para dividir el contrato en lotes se suma que los lotes del contrato constituyan una unidad funcional (art. 74.2 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP 2007, y art. 86.3 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto

11. Real Decreto aprobatorio de la instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales (Gaceta de Madrid núm. 119, de 29 de abril de 1900); Real Decreto e Instrucción de 1905 para la contratación de servicios provinciales y municipales (Gaceta de Madrid núm. 26, de 26 de enero de 1905); Real Decreto de 22 de mayo de 1923 que aprobó la instrucción reformada sobre contratación de los servicios provinciales y municipales y de los correspondientes a los cabildos insulares de la provincia de Canarias; Reglamento de 2 de julio de 1924 para la contratación de obras y servicios a cargo de las entidades municipales (Gaceta de Madrid de 4 de julio de 1924); Ley de bases de régimen local de 1935 (Gaceta de Madrid núm. 193, de 12 de julio de 1935); Ley municipal de 31 de octubre de 1935 (Gaceta de Madrid núm. 307, de 3 de noviembre de 1935); Ley de bases de régimen local de 17 de julio de 1945 (BOE núm. 199, de 18 de julio de 1945); Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 (BOE núm. 363, de 29 de diciembre de 1950); Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953.

12. La misma regulación establecía el artículo 59 del Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 93/1965, de 8 de abril, que simplemente precisaba la competencia para autorizar el fraccionamiento. Un ejemplo de esta posibilidad de dividir el contrato en proyectos independientes se aprecia en el Dictamen 713/1995 del Consejo de Estado, relativo a las obras de recuperación del Teatro Real.

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP). Además, se garantiza que la aplicación de las normas de publicidad y el cálculo del valor estimado del contrato se realicen teniendo en cuenta el conjunto de los lotes. La división en lotes no puede ser útil, entonces, para eludir las reglas de publicidad y procedimiento que correspondan al contrato. De esta manera se evitan las objeciones a esta práctica que permite eliminar obstáculos de participación de las pymes en las licitaciones (Gallego Córcoles, 2015).

De la evolución expuesta se observa que, en el derecho interno, el término “fraccionamiento” se ha utilizado para referirse tanto a la posible división en lotes del contrato como a la prohibición de la escisión ilegal de su objeto para eludir la aplicación de las normas de procedimiento y publicidad. La influencia del derecho europeo ha contribuido a la depuración conceptual, en la medida en que solo se alude al fraccionamiento en negativo, cuando se disciplina el método de cálculo del valor estimado del contrato. Todas las directivas han prohibido el fraccionamiento del contrato para evitar caer en su ámbito de aplicación¹³ –en ocasiones, en lugar de optar por fraccionamiento, en la traducción española se ha optado por términos como división o escisión del contrato, poniendo de manifiesto la ausencia de un concepto legal vinculado a ese término–. En la estela de estas reglas europeas, el artículo 69.2 LCAP prohíbe el fraccionamiento del contrato introduciendo un criterio teleológico relacionado con el objeto del contrato:

“No podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda”.

De hecho, en la Exposición de Motivos de la LCAP (apdo. 2.2) se afirma que la normativa comunitaria informa gran parte del contenido de la Ley, especialmente en lo que se refiere a la determinación de las cuantías de los contratos a efectos de publicidad. La influencia europea se hace patente en la medida en que la LCAP pretende potenciar los contratos menores (apdo. 2.6 E.M.), cuando justamente la prohibición de fraccionamiento tendría como efecto último el resultado opuesto, limitar la utilización de este tipo de contratos. La misma previsión fruto de la influencia europea aparece en el art. 68.2 TRLCAP. En textos posteriores se elimina la distinción entre

13. La Directiva 71/305/CEE (obras) establecía en su artículo 7.2: “Ningún contrato podrá ser fraccionado con el objeto de sustraerlo a la aplicación del presente artículo”. Las directivas posteriores incorporan la misma previsión: artículo 5.4 Directiva 77/62/CEE (suministro); artículo 5.6 Directiva 88/295/CEE (suministro); artículo 4 bis.4 Directiva 89/440/CEE (obras); artículo 7.2 Directiva 92/50/CEE (servicios); artículo 5.6 Directiva 93/36/CEE (suministro); artículo 6.4 Directiva 93/37/CEE (obras); artículo 14.13 Directiva 93/38/CEE (sectores excluidos); artículo 9.3 Directiva 2004/18/CE (adjudicación de contratos públicos); artículo 17.2 Directiva 2004/17/CE (adjudicación de contratos en sectores excluidos).

procedimiento y forma de adjudicación, pero el resto de la literalidad del precepto se mantiene intacta (art. 74.2 LCSP 2007 y art. 86.2 TRLCSP)¹⁴.

La evolución normativa expuesta explica la ambigüedad que existe en la utilización del término “fraccionamiento” en la tradición española y la dificultad a la que se hace frente para construir un concepto útil en el plano dogmático. El fraccionamiento tiene un sentido tanto positivo –para orientar la conducta de la Administración a la hora de dividir el contrato en lotes– como negativo –para proscribir una conducta prohibida–. Esta ambivalencia dificulta la definición del concepto de fraccionamiento, así como la sistematización de los criterios que deben guiar y limitar un tipo y otro de división del contrato. Ahora bien, se ha producido una europeización del derecho interno en este ámbito que exige interpretar la idea de fraccionamiento conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). De hecho, parece plausible entender que, bajo esta influencia, la LCSP ha optado por una regulación que concreta el significado del término fraccionamiento en nuestro ordenamiento jurídico, como se muestra seguidamente.

3.2

Normativa vigente: fraccionamiento prohibido y división en lotes obligatoria

En el plano europeo, la normativa vigente no introduce cambios con respecto a lo que ya se ha señalado. Cuando se regula el método de determinación del valor estimado del contrato, la Directiva 2014/24/UE también se refiere a la imposibilidad de que una contratación se fragmente para evitar que entre en el ámbito de aplicación de la Directiva, a menos que se justifique por razones objetivas (art. 5.3)¹⁵ –a esas razones se hace referencia en el Considerando 20 de la Directiva, al que se hace referencia más adelante–. Aunque es obvio que se afecta a la propia configuración del objeto del contrato, la regulación se dirige al cálculo del valor estimado, que será el elemento determinante, normalmente, para aplicar las reglas de las directivas. Además,

14. Explica el Informe 1/09, de 30 de julio de 2009, de la JCCA de Illes Balears, que se debe a la intención de acomodarse a la referencia europea a procedimientos y no a formas de adjudicación. Sin embargo, cabe objetar que el derecho europeo no regula formas de adjudicación que no se refieren a procedimientos, porque únicamente regula los contratos sujetos a regulación armonizada. En el caso de los contratos menores o adjudicados directamente tiene sentido hablar de forma de adjudicación, puesto que la adjudicación directa es, precisamente, la ausencia de procedimiento.

15. En el mismo sentido se redacta el artículo 16.3 Directiva 2014/25/UE.

al regular los principios de la contratación, el artículo 18.2 prohíbe concebir la contratación para excluirla del ámbito de aplicación de la Directiva y restringir artificialmente la competencia¹⁶.

En el derecho nacional sí se han producido cambios. Como se ha anunciado, a diferencia de las leyes anteriores, la LCSP reserva el término “fraccionamiento” para los casos patológicos. Únicamente habla de fraccionamiento cuando lo proscribe en el artículo 99.2. Se pone el acento en la configuración del objeto del contrato, sin perjuicio de que también en el artículo 101.4 LCSP se haga referencia al cálculo del valor estimado, en línea con las directivas. Las reglas de la división en lotes (art. 99.3 LCSP) no se refieren en ningún momento a la existencia de fraccionamiento. El legislador ha decidido vincular, así, el término “fraccionamiento” a la definición de una conducta prohibida, contribuyendo, de este modo, a una mayor claridad terminológica y conceptual. Puede afirmarse entonces que la LCSP proscribiera el fraccionamiento de los contratos, en la medida en que queda conceptualmente desligado de la división en lotes (en otro sentido, Razquin y Vázquez, 2017: 75). En la práctica, sin embargo, todavía es habitual que se hable de fraccionamiento irregular para referirse a la conducta prohibida, y de fraccionamiento para aludir a la división en lotes (Soler Mifsud, 2017: 111)¹⁷.

Tras este análisis terminológico, hay que determinar cuándo se produce el fraccionamiento (prohibido o irregular); en especial, cuando tiene por objeto la celebración de distintos contratos menores. El órgano de contratación ejerce una amplia discrecionalidad técnica cuando define el objeto del contrato a partir de sus necesidades¹⁸ y la Ley es parca al regular esta conducta, que debe ponerse en relación con los principios de la contratación pública: que el fraccionamiento no persiga eludir las reglas de publicidad y procedimiento (Rodríguez Castaño, 2018: 725).

4

Crterios para determinar la existencia de fraccionamiento

El órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad reconocido legalmente para decidir si la satisfacción de sus necesidades debe canalizarse a través de la tramitación de uno o varios expedientes

16. Una previsión equivalente aparece en el artículo 3.1 Directiva 2014/23/UE y en el artículo 36.1 Directiva 2014/25/UE.

17. Informe 14/2014, de 22 de julio, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña.

18. Entre otras, resoluciones 571/2016, de 15 de julio de 2016, 801/2016, de 7 de octubre de 2016, y 68/2018, de 26 de enero de 2018, del TACRC; Resolución 136/2018 del OARC.

de contratación. Esa discrecionalidad está limitada, no obstante, por el principio de no división fraudulenta del contrato. No existe un deber de agrupar en un solo contrato prestaciones distintas, si estas se pueden contratar por separado y son susceptibles de explotación independiente. Pero no cabe dividir de forma artificial el objeto del contrato para evadir la aplicación de las exigencias y los procedimientos legalmente establecidos. El problema radica, así, en determinar cuándo debe celebrarse un único contrato o varios y cuándo pueden derivarse consecuencias jurídicas de invalidez (y de otro tipo) de esas decisiones administrativas. El derecho positivo no ofrece pautas concretas a este respecto (Martínez Fernández, 2018). En la práctica, la casuística es tan amplia que debe atenderse al contexto y a las particularidades de cada supuesto. Por esa razón, es difícil encontrar criterios generales que orienten esta toma de decisión y que permitan su control. A pesar de ello, es necesario hacer un esfuerzo por identificar los parámetros que deben orientar a los entes del sector público y que deben servir, a su vez, para controlar jurídicamente, en sede administrativa o judicial, las decisiones que se adopten en este ámbito.

En esa tarea, es fundamental diferenciar las reglas que proscriben el fraccionamiento del contrato de las que dirigen la división en lotes. Como se ha visto, la división en lotes se caracteriza habitualmente en la comunidad jurídica española como una forma de fraccionamiento del contrato, que se fomenta por la normativa vigente (art. 99.3 LCSP). Sin embargo, las normas de conducta y las normas de control que se proyectan sobre la decisión de escindir en lotes el contrato son distintas a las que se vinculan a un posible fraccionamiento del contrato; por esa razón, es especialmente importante la distinción terminológica. La división en lotes tiene como finalidad principal el acceso de las pymes a la contratación pública (art. 1.3 LCSP) (Candela Talavero, 2019: 19, 34 y ss.). El incumplimiento de sus reglas tiene efectos en el plano del acceso a los contratos públicos. Si un contrato no se divide en lotes de forma incorrecta, se limitará la competencia excluyendo a operadores económicos que no tienen la capacidad y solvencia para ejecutar todo el contrato. Pero esa decisión no afectará a la aplicación de las reglas de publicidad y licitación, que estarán determinadas por el valor estimado del contrato en su conjunto, existan o no lotes (art. 99.6 LCSP). Por el contrario, la prohibición de fragmentar o fraccionar el contrato se ubica precisamente en el plano del ajuste a las normas de publicidad y procedimiento (art. 99.2 LCSP); aunque el fraccionamiento pudiera tener hipotéticamente como efecto secundario positivo facilitar el acceso de pymes a los contratos celebrados.

Esta diferencia de partida exige centrar la exposición únicamente en la construcción de las normas de conducta y de las normas de control que afectan al fraccionamiento de los contratos, y que se proyectan especialmente sobre la configuración de los contratos menores. La traslación de criterios orientados a realizar una división en lotes a la contratación menor puede producir problemas desde un punto de vista metodológico. En los contratos menores se puede producir un problema de fraccionamiento irregular del contrato, pero difícilmente habrá complicaciones derivadas de la ausencia de división en lotes. El riesgo de fraccionamiento irregular existe en la configuración del objeto del contrato en una primera fase de ejercicio de la discrecionalidad. Una vez que se ha identificado la necesidad a satisfacer y se ha perfilado el objeto del contrato, en una segunda fase, habrá que dividir el contrato en lotes o justificar los motivos que conducen a no hacerlo¹⁹.

De las normas que regulan el fraccionamiento irregular y de su interpretación por los órganos competentes, pueden deducirse tres tipos de criterios en atención a su carácter teleológico, subjetivo y objetivo. Seguidamente se analiza cada uno de ellos, teniendo en cuenta el derecho nacional interpretado conforme a los criterios emanados en el plano del derecho europeo. Al respecto, hay que hacer una salvedad. Las consideraciones de las directivas y de la jurisprudencia del TJUE cobran sentido a la hora de aplicar los umbrales de los contratos armonizados. Difícilmente tendrán utilidad en el caso de contratos de cuantía más reducida, que se escindan en varios contratos menores –a no ser que puedan tener interés transfronterizo cierto²⁰. A pesar de ello, es necesario integrar las directrices nacionales y europeas. Como regla general, no parece que tenga sentido interpretar de forma distinta las reglas de cálculo del valor estimado y de la configuración del objeto del contrato en atención a su volumen económico. Es preciso, por ello, configurar criterios que sirvan para todos los casos. Seguidamente se realiza una propuesta en ese sentido, teniendo como foco de especial atención el fraccionamiento dirigido a beneficiarse de las reglas de adjudicación directa de los contratos menores.

19. Se observan esas dos fases en la toma de decisiones del órgano de contratación en el Informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA del Estado: “Cuando el órgano de contratación decida tramitar un único expediente de contratación, a continuación (sic) deberá dilucidar si procede o no la división en lotes del objeto del contrato [...]”. También en el Informe 9/18, de 5 de abril de 2018, de la JCCA del Estado: “se trataría de un contrato distinto y autónomo, de modo que su valor estimado no debe confundirse con el de otros contratos. Otra cosa es que el mismo deba dividirse en lotes internamente, para lo cual habrá que aplicar las reglas generales descritas en el artículo 99 de la Ley”.

20. *Ex multis*: STJUE Comisión c. Irlanda, C-507/03, de 13 de noviembre de 2007; STG Alemania c. Comisión, T-258/06, de 20 de mayo de 2010; STJUE Enterprise Focused Solutions, C-278/14, de 16 de abril de 2015; STJUE Borta, C-298/15, de 5 de abril de 2017; STJUE Tecnoedi Costruzioni, C-318/05, de 6 de octubre de 2016.

4.1 De carácter teleológico

El primer criterio que permite identificar la existencia de fraccionamiento irregular del contrato tiene carácter teleológico; se refiere a la finalidad de evadir los procedimientos de contratación. La existencia de ánimo defraudatorio se prevé en la regulación europea y nacional como un elemento del fraccionamiento. La voluntad de eludir la aplicación de los principios de la contratación aparecía en la norma relativa a evitar una división en lotes del contrato indebida –conforme a la legislación anterior²¹, y aparece en la actualidad para entender que se fracciona el contrato de forma contraria al marco jurídico vigente²². A pesar de la literalidad de estas normas, se ha interpretado que existe fraccionamiento irregular de acuerdo con el resultado, con independencia de la intención. Así lo afirma el TJUE cuando ha analizado posibles fraccionamientos del contrato. Atiende a la existencia de fraccionamiento, sin que considere necesario probar una voluntad dirigida a fragmentar el objeto del contrato²³ (Halonen, 2017: 37). En el derecho interno, también se considera suficiente el resultado fraudulento (Agudo González, 2013: 169). Se aplica, así, la teoría general del fraude de ley²⁴, conforme a la cual lo relevante es el resultado fraudulento y no tanto la voluntad o intención del órgano de contratación (Gallego Córcoles, 2015; Rodríguez Castaño, 2018: 727).

Esta interpretación tiene sentido para aplicar las consecuencias del fraccionamiento en el plano administrativo, en la medida en que la prueba de la intención de eludir las normas de contratación pública será muy compleja en la práctica. Es más sencillo comprobar que existe fraccionamiento atendiendo a otro tipo de criterios, como los que se analizan seguidamente –sin perjuicio de los problemas que plantea su aplicación en la práctica-. De hecho, en ocasiones se presume la intención defraudatoria para considerar que hay fraccionamiento irregular cuando hay identidad plena del objeto del contrato, de la unidad administrativa proponente y del adjudicatario²⁵. En esos casos, un contrato fraccionado de forma irregular será normalmente nulo de pleno derecho, en la medida en que se haya prescindido

21. Sirvan de ejemplo, entre otros, el supuesto del Informe 40/12, de 21 de marzo de 2014, de la JCCA del Estado, sobre contratos de servicios postales; o el Informe 6/16, de 27 de abril de 2017, de la JCCA del Estado.

22. Informe 1/2017, de 1 de enero, de la JCCA de Aragón; Informe 72/18, de 15 de julio de 2019, de la JCCA del Estado.

23. STG Reino de España c. Comisión, T-358/08, de 11 de julio de 2013, apdos. 119 y ss.

24. Resolución 595/2015, de 29 de junio de 2015, del TACRC.

25. Así, el Tribunal de Cuentas en sus informes n.º 1.151 de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, de 27 de abril

del procedimiento legalmente establecido. A partir de ahí se derivarán las consecuencias procedentes, de restablecimiento de la legalidad vulnerada, fundamentalmente (Sánchez-Cervera de los Santos y Pascual, 2011: 59; García García, 2016; Rodríguez Martín-Retortillo, 2017: 195; Carrodeaguas Méndez, 2018: 69)²⁶.

Ahora bien, el hecho de que el fraccionamiento se pueda constatar sin probar una intención defraudatoria no elimina la importancia de la voluntad o intención cuando se quieran derivar consecuencias disciplinarias o penales de esta conducta, conforme a las exigencias del principio de culpabilidad –a las consecuencias del fraccionamiento se hace una breve referencia en la parte final de este trabajo–. Es más, a efectos puramente administrativos es posible encontrar algunos pronunciamientos judiciales en los que sí se considera relevante la intención defraudatoria para descartar la existencia de fraccionamiento, junto a otros criterios²⁷.

En esta misma línea, en los órganos consultivos se ha afirmado que no hay fraccionamiento irregular si el contrato fraccionado hubiera podido adjudicarse de forma directa como contrato menor (Soler Mifsud, 2017: 112)²⁸. Podría decirse, en ese caso, que no está prohibido adjudicar directamente, por separado, los distintos lotes en que se hubiera podido dividir un contrato menor, porque la suma de todos ellos sigue estando por debajo del umbral económico que permite la adjudicación directa. Parece razonable, por tanto, que se puedan celebrar contratos menores en estos casos en los que no se cumple con el requisito teleológico del fraccionamiento (Gavilán López, 2023).

4.2 De carácter subjetivo

Los siguientes criterios dirigidos a identificar un posible fraccionamiento tienen carácter subjetivo. Se refieren a los sujetos que intervienen en la con-

de 2016, p. 40; y n.º 1.361 de fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500 000 habitantes, ejercicio 2016, de 19 de diciembre de 2019, p. 92.

26. Dictamen 106/2000, de 25 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía; informes 9/2009, de 15 de junio, y 10/2014, de 28 de abril de 2015, de la CCCA de Andalucía; Informe 14/2014, de 22 de julio, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña; Resolución 571/16, de 16 de julio, del TACRC; Informe 2/2022, de 27 de julio de 2022, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.

27. SSTSJ Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) de 19 de febrero de 2001, rec. 1824/1998, 9 de mayo de 2022, rec. 1826/1998, y 7 de julio de 2005, rec. 229/2003; STSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) 297/2017, de 13 de julio; STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) 192/2021, de 27 de septiembre.

28. Informe 14/2014, de 22 de julio, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña; Dictamen 2021/0211, de 14 de abril de 2021, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

tratación. Así, del lado de los entes del sector público, hay que analizar los criterios vinculados a la entidad contratante y, en concreto, al concepto de unidad funcional subjetiva. Seguidamente, del lado de los operadores económicos hay que aludir a los criterios ligados al adjudicatario del contrato.

4.2.1 Entidad contratante

El poder adjudicador es el sujeto sobre el que se proyectan las reglas de configuración del objeto del contrato y de cálculo del valor estimado del derecho europeo. Si hay personas jurídicas diferenciadas, hay varios patrimonios autónomos, de manera que cada una de ellas podrá apreciar sus necesidades y configurar sus contratos de forma separada, incluso cuando exista algún tipo de vinculación o dependencia entre esas personas jurídicas –piénsese, por ejemplo, en el caso de un medio propio y su entidad matriz de control-. En esa línea, el TJUE entiende que la existencia de una única entidad adjudicadora es un indicio de la existencia de un único objeto contractual –por ejemplo, de una obra-, pero no es una exigencia necesaria²⁹.

Hipotéticamente, podría haber fraccionamiento del objeto del contrato, si se adjudica separadamente por varios entes adjudicadores cuando debía haberse celebrado por un único ente adjudicador (Rodríguez Castaño, 2018: 725). Pero, en esos casos en los que hay personas jurídicas distintas con atribuciones, funciones y presupuestos diferenciados, será muy difícil apreciar el fraccionamiento. De hecho, en la práctica no se plantea este tipo de supuestos.

El problema que sí surge en la realidad es determinar el ámbito subjetivo al que debe circunscribirse el análisis del fraccionamiento del contrato dentro de cada persona jurídica, con independencia de su caracterización en la LCSP –como Administración pública, poder adjudicador no Administración pública o ente del sector público que no es poder adjudicador (art. 3 LCSP)-. Dentro de una misma entidad contratante habrá distintos órganos de contratación que, normalmente, deberán contratar de acuerdo con el valor estimado del contrato. Podría existir fraccionamiento con el fin de susstraer la competencia de contratación a otro órgano –por ejemplo, adjudicación de varios contratos menores por el alcalde para evitar la adjudicación de un contrato por el pleno-. En esos casos, el criterio de la entidad contratante no ayuda a determinar cuándo hay fraccionamiento. Habrá que ana-

29. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000, apdo. 40.

lizar si existen unidades funcionales separadas. Será preciso atender a este concepto para saber cuándo se produce un fraccionamiento irregular del contrato y cuándo pueden configurarse contratos separados conforme a la ley. A continuación, se expone su aplicación, especialmente en el ámbito local.

4.2.2 Unidad funcional subjetiva

El artículo 5.2, segundo párrafo, de la Directiva 2014/24/UE, en conexión con su Considerando 20, se refiere al cálculo del valor estimado del contrato cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas. Afirma que puede fragmentarse el objeto del contrato cuando se justifique en motivos objetivos, como puede ser la existencia de una unidad funcional separada del poder adjudicador (Soler Mifsud, 2017: 113). Como ejemplo, se pone un colegio o una guardería, siempre que sea responsable de forma independiente de su contratación, porque tenga una línea presupuestaria separada de sus contratos y tome sus decisiones de contratación de forma independiente. Por si quedaba alguna duda, señala el legislador europeo que “[n]o se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada”.

La LCSP se refiere al concepto de unidad funcional en relación con el objeto del contrato desde dos perspectivas diferenciadas: objetiva –referida a las prestaciones contractuales– y subjetiva –predicada de la entidad contratante–. La perspectiva objetiva se analiza más adelante. Ahora procede detenerse únicamente en la dimensión subjetiva de este concepto. El artículo 101 LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, introduce en su apartado 6 una referencia a la idea de unidad funcional en clave subjetiva de acuerdo con la regulación europea que se ha expuesto. Sin embargo, se aleja de la literalidad de la Directiva al entender que las unidades funcionales separadas forman parte del órgano de contratación y no del poder adjudicador³⁰. Afirma el legislador que, como regla general, si un órgano de contratación está compuesto de varias unidades funcionales separadas, debe atender al valor total estimado para todas ellas. Admite la excepción que contiene la Directiva para unidades funcionales separadas que cuenten con financiación específica y competencias respecto a la adjudicación del contrato.

30. Sí es fiel a la literalidad de la Directiva el artículo 42.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

La JCCA del Estado ha tenido la oportunidad de encajar este concepto de unidad funcional separada en el derecho de organización administrativa interno, en especial, en el ámbito local. Sin embargo, consideró que dicha precisión excedía de sus funciones³¹. Lo mismo ha sucedido en el caso de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana, que no ha acabado de pronunciarse sobre la posible correlación existente entre la idea europea de unidad funcional subjetiva y las delegaciones de la competencia para contratar que se realizan en el ámbito local³². No cabe duda de la dificultad de esta tarea. Sin embargo, el diálogo entre el concepto europeo de unidad funcional separada y los conceptos nacionales del derecho de organización es imprescindible para aplicar esta previsión normativa. Con esa finalidad, hay que analizar el origen y el sentido de la incorporación de la idea de unidad funcional separada en la Directiva de 2014.

La Directiva solo alude a los poderes adjudicadores, sin referirse a las estructuras y distintas formas de organización interna que pueden tener los diferentes Estados miembros atendiendo a su diferente naturaleza jurídica, pública o privada. El concepto de unidad funcional separada aparece por primera vez en el texto de la Directiva 2014/24/UE, sin que se hubiera incluido en el borrador que la Comisión presentó en 2011. Sin embargo, la Comisión ya aludía a este concepto en sus "Policy Guidelines on Contracts Awarded by Separate Units of a Contracting Entity under Dir. 90/531/EEC (Utilities)". Estas directrices tenían como finalidad reconocer una figura propia del derecho inglés de los años noventa (*discrete operational unit*). De esta manera, se permite que en algunos países, como Suecia, se puedan celebrar contratos distintos con objetos iguales por el mismo poder adjudicador, especialmente en el caso de los colegios o de otros servicios (en detalle, Halonen, 2017: 12 y ss., 22). Hay que tener en cuenta que el derecho de organización de algunos Estados miembros no siempre aclara suficientemente cuándo puede existir o no una entidad adjudicadora. De modo que la aplicación del concepto de unidad funcional separada se realizará confirmando la concurrencia de los requisitos que fija la Directiva relativos a la autonomía para contratar –con independencia de la denominación o estructura de las distintas unidades funcionales–, la disponibilidad de su propio presupuesto, y la capacidad para actuar en nombre de la entidad adjudicadora (Halonen, 2017: 37, 39).

31. Informe 9/18, de 5 de abril de 2018, de la JCCA del Estado. En el Informe 45/18, la JCCA del Estado vuelve a mencionar los requisitos que deben cumplir las unidades funcionales separadas, pero no señala cuál es su correspondencia en el derecho interno. El mismo contenido aparece en el Informe 23/21, de la JCCA del Estado.

32. Se plantea en el Informe 4/2018, de 15 de junio de 2018, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana, pero no termina de pronunciarse sobre ello.

En este contexto, la confusión del legislador español entre poder adjudicador y órgano de contratación es relevante porque distorsiona en gran medida la interpretación del concepto de unidad funcional separada. En el derecho de organización español se asume que cada persona jurídica –por ejemplo, cada municipio– es un poder adjudicador independiente. Es habitual que un poder adjudicador cuente con varios órganos de contratación, a través de los cuales actúa la propia persona jurídica (Gallego Anabitarte, 2001: 17). Las competencias de contratación del poder adjudicador se reparten entre los distintos órganos atendiendo, normalmente, al valor estimado del contrato, a su duración y a su objeto. Así, en el ámbito local, la D.A. 2.^a LCSP distribuye la competencia para contratar entre el alcalde, el pleno y la junta de gobierno local, dependiendo del régimen aplicable al municipio correspondiente. Estos órganos tramitan el procedimiento y contratan con autonomía en el marco de sus competencias.

A la vista de sus características, los órganos de contratación del derecho español son unidades funcionales separadas en el sentido de la Directiva. Dicho de otro modo, es habitual que los poderes adjudicadores tengan unidades funcionales separadas, que son sus órganos de contratación. No cabe interpretar que hay unidades administrativas separadas que cumplen los requisitos previstos en la Directiva –llevar los procedimientos de contratación y tomar decisiones de compra de manera independiente atribuibles a la persona jurídica– sin reconocerles la condición de órganos. Si reúnen esas características, cumplen automáticamente con el concepto legal de órgano contenido en el artículo 5.1 LRJSP: son unidades administrativas que tienen atribuidas funciones con efectos jurídicos frente a terceros. Las unidades funcionales separadas descritas en la Directiva parecen solaparse entonces con los órganos de contratación del derecho español.

Si esto es así, en el sector público español y, en especial, en el ámbito de las Administraciones locales, no puede entenderse que haya unidades funcionales separadas dentro del mismo órgano de contratación, como establece la LCSP. Los órganos de gobierno son los titulares de las competencias de contratación, de manera que cualquier traslación del ejercicio de la competencia incumple con la exigencia de autonomía para contratar y entraría en el supuesto de “descentralización” de la Directiva, que impide considerar precisamente que hay unidades funcionales separadas. No puede entenderse que la clave es el ejercicio de la competencia y no la titularidad, como se ha sostenido en algunos casos³³. Una interpretación en esa línea

33. Informe 4/18, de 15 de junio de 2018, de la JCCA de la Comunidad Valenciana; Informe 6/18, de 12 de julio de 2018, de la JCCA de Andalucía.

permitiría desviarse del cumplimiento de la Directiva mediante las técnicas de traslación competencial.

Cuando un alcalde delega en varios concejales el ejercicio de sus competencias de contratación, no cabe que cada concejal compre por separado las mismas prestaciones (por ejemplo, suministro de equipamiento informático para cada concejalía). En esos casos no hay unidades funcionales separadas dentro del mismo poder adjudicador, que es el municipio (Campos Acuña, 2018)³⁴. El régimen de la delegación contenido en el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) es incompatible con la autonomía en la responsabilidad de contratar que exige el derecho europeo. El órgano delegado está sometido a posibles instrucciones del delegante, que podrá revocar la delegación o avocar el ejercicio de la competencia en un momento dado. De hecho, los actos dictados por el delegado se atribuyen al delegante. Por estas razones, hay que concluir que habría fraccionamiento si, apoyándose en meras razones subjetivas, se celebrasen contratos distintos con prestaciones similares. Otra cosa es que, atendiendo a criterios objetivos, vinculados a la prestación o a la necesidad a satisfacer, se puedan llegar a adjudicar contratos diferentes sin incurrir en fraccionamiento.

Distinto del supuesto de la delegación sería el caso de la desconcentración, en la que se produce un traslado de titularidad y ejercicio de la competencia (art. 8.2 LRJSP) (Díez Sastre, 2021a: 281). En ese supuesto, se estaría ante órganos de contratación diferenciados, que tienen competencia para contratar de forma autónoma, y que, por tanto, serían unidades funcionales separadas desde la perspectiva del derecho europeo. En el ámbito local es el caso, por ejemplo, de los distritos, donde los órganos distritales ejercerán competencias de contratación con base en un presupuesto separado conforme a las normas aplicables. Lo mismo podría llegar a decirse de las entidades locales menores, que no gozan de personalidad jurídica propia, pero sí podrían llegar a tener autonomía de gestión y financiera para contratar en el ámbito de las competencias que tengan atribuidas.

Los argumentos señalados ponen en cuestión la compatibilidad con el derecho europeo de la caracterización que hace el legislador español de los proyectos de investigación, desarrollo e innovación como unidades funcionales separadas dentro de los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (D.A. 29.^a Ley 14/2011, de 1 de junio, de

34. En este sentido, aunque no se refiriera exactamente a esta cuestión, Informe 3/18, de 13 de febrero, de la JCCA de Aragón.

la Ciencia, la Tecnología y la Innovación)³⁵. Aunque exista un presupuesto propio para el desarrollo del proyecto, no existe una atribución competencial autónoma para llevar a cabo el procedimiento y adjudicar el contrato (Gimeno Feliú, 2020: 83-84). Lo normal es que exista un órgano de contratación o varios órganos de contratación dentro de cada agente público del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación que se encargue de la tramitación del procedimiento y la adjudicación del contrato. Cosa distinta es que existan unidades funcionales en sentido objetivo, en cuyo caso cabría celebrar contratos diferenciados. Sobre esa cuestión se vuelve más adelante.

4.2.3 Adjudicatario

Junto a los criterios referidos a la entidad contratante y a la unidad funcional subjetiva, hay que detenerse en el adjudicatario del contrato. El hecho de que varios contratos menores se adjudiquen a un mismo adjudicatario puede considerarse un indicio de la posible existencia de fraccionamiento, pero no es un criterio determinante (Agudo González, 2013: 168-169). En sentido inverso, ayuda a considerar que no hay fraccionamiento el hecho de que se contrate una diversidad de prestaciones con distintos proveedores³⁶. La legislación básica vigente no introduce ninguna limitación en relación con los contratistas. Y recientemente se ha confirmado que el órgano de contratación no está obligado a aceptar ofertas de terceros distintos de los que haya requerido para celebrar el contrato menor³⁷. De manera que la coincidencia del adjudicatario en varios contratos tiene un valor meramente indiciario. Habrá que comprobar mediante otros criterios si, efectivamente, ha existido fraccionamiento del contrato.

Las reglas relativas a la rotación o limitación de la contratación menor con los mismos operadores económicos tienen un sentido distinto a evitar el fraccionamiento del contrato. La LCSP de 2017 introdujo en su versión originaria una limitación de adjudicación de los contratos menores al mismo operador económico por parte de las Administraciones públicas (art. 118.3). La interpretación del precepto dio lugar a confusión y a múltiples criterios interpretativos (da cuenta de ellos Magarzo Fernández, 2020). Por esa razón,

³⁵. Al respecto, entre otros, Informe 6/18, de 12 de julio de 2018, de la JCCA de Andalucía; Informe 23/21, de la JCCA del Estado.

³⁶. Por ejemplo, para adquirir todas las prestaciones necesarias para organizar la Feria de Día de Gastronomía 2014 (Dictamen 819/2014, del Consejo de Estado).

³⁷. Informe 8/20, de la JCCA del Estado.

el legislador decidió suprimir esta previsión, que ya no rige en la legislación básica vigente. Sin embargo, es posible encontrar límites similares en el ordenamiento jurídico autonómico. Así, el artículo 159.1 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, del Parlamento de Cataluña exige emitir un informe justificativo por el órgano de contratación cuando se formalizan dos contratos menores consecutivos con idéntico objeto y adjudicatario en un tiempo inferior a un año, o cuando se formalizan contratos menores con idéntico objeto y adjudicatario durante tres años consecutivos. Los umbrales a tener en cuenta son: 5000 euros (sin IVA) en servicios y suministros y 12 000 euros (sin IVA) en obras. En estos casos, como se ha señalado, se quiere evitar que siempre se favorezca a los mismos operadores económicos. No es una norma que tenga como finalidad directa evitar el fraccionamiento del contrato.

4.3

De carácter objetivo

El último tipo de criterios que procede analizar se proyecta sobre la configuración objetiva del contrato. La legislación vigente señala que podrán adquirirse mediante la contratación menor de las Administraciones públicas obras, suministros o servicios. La adjudicación directa prevista para los PANAP prevé, además, que se puedan adjudicar de este modo concesiones de obras y de servicios (art. 318 a] LCSP) –como se ha señalado anteriormente–. Han desaparecido, así, las referencias a que se trate de bienes consumibles o de fácil deterioro que aparecían hace décadas en la LCE³⁸. Con respecto al tipo de contrato, se ha admitido la posibilidad de celebrar contratos administrativos especiales, así como contratos privados mediante las reglas propias de la contratación menor³⁹.

Conforme al artículo 132 LCSP no cabe concebir la contratación para eludir requisitos de publicidad o adjudicación, ni restringir la competencia. A la hora de configurar el objeto del contrato, el órgano de contratación debe atender a criterios de eficacia⁴⁰. Ahora bien, hay que aclarar de an-

38. Sobre la posible adquisición de material inventariable por la vía de la contratación menor, cuando se consideraran bienes de fácil deterioro, el Informe 16/90, de 28 de marzo, de la JCCA del Estado.

39. Informes 7/18 y 57/18, de 2 de julio de 2018, y 84/18, de 4 de marzo de 2019, de la JCCA del Estado. También Dictamen 2021/0211, de 14 de abril de 2021, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

40. En ese sentido, por parte de la JCCA del Estado, entre otros: informes 12/15, de 6 de abril de 2016; 6/16, de 27 de abril de 2017; 39/18, de 2 de julio de 2018; y 72/18, de 15 de julio de 2019. También el TACRC, en los siguientes pronunciamientos (sin ánimo de exhaustividad): resoluciones 247/2012, 214/2013 y 595/2015.

temano que no se puede considerar una razón de eficacia admisible para emplear la contratación menor el hecho de que la tramitación de un procedimiento de contratación resulte antieconómica, en los términos del artículo 174.2 b) TRLHL –que veda la contratación de servicios por más de un año si no se acredita previamente que no pueden ser estipulados o resultan antieconómicos por un año–⁴¹. Además, como en el resto de los contratos, en los contratos menores el objeto ha de ser determinado y completo (art. 116.2 LCSP): “deberá comprender la realización de todas las prestaciones para cubrir las necesidades que tenga la entidad respecto a la misma utilidad”⁴². De este modo se quiere asegurar que el contrato es idóneo para satisfacer las necesidades públicas (Sánchez-Cervera de los Santos y Pascual, 2011: 54; Agudo González, 2013: 153).

El legislador es parco al señalar que el objeto debe ser determinado y que se podrá definir en atención a las necesidades y funcionalidades a satisfacer, sin cerrar el contrato a una solución única (art. 99 LCSP). Esta afirmación debe ponerse en conexión con la obligación de las entidades del sector público de celebrar únicamente los contratos necesarios para el cumplimiento y la realización de sus fines institucionales (art. 28.1 LCSP). En esa línea, la duración del contrato se debe establecer atendiendo a la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someterlas a concurrencia periódicamente (art. 29 LCSP). Esa duración se limita en el caso de los contratos menores de las Administraciones públicas a un año (art. 29.8 LCSP). Seguidamente se analizan estos tres elementos: objeto, causa y duración, a los efectos de identificar los criterios que permiten dirigir la actividad de los órganos de contratación y constatar, en su caso, la existencia de fraccionamiento del contrato.

4.3.1 Objeto

- Aproximación funcional en el Derecho europeo

En los casos planteados de posible fraccionamiento del contrato, el TJUE se ha centrado fundamentalmente en el objeto adoptando una aproximación funcional⁴³, como es habitual en el ámbito de la contratación pública y de

41. Informe 9/22, de 29 de julio de 2022, de la JCCA del Estado.

42. Consejo Vasco de la Competencia, Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, p. 8.

43. Alude expresamente a ese carácter funcional la STG Reino de España c. Comisión, T-358/08, de 11 de julio de 2013, apdo. 46.

otros sectores con impacto en el mercado interior. El Tribunal ofrece criterios que deben dirigir la configuración del objeto del contrato para evitar fraccionamientos, pero también, llegado el caso, pueden evitar una agrupación artificial de prestaciones en un mismo contrato⁴⁴.

La jurisprudencia europea apunta como criterio clave a la existencia de una misma función económica y técnica, que se confirma si hay coherencia interna y continuidad funcional entre las distintas prestaciones⁴⁵. Este criterio se aplicó en primer lugar al contrato de obras, afirmando que la existencia de una obra –a la hora de definir el objeto del contrato– debe apreciarse en relación con la “función económica y técnica del resultado de los trabajos de que se trate”⁴⁶. Así, por ejemplo, una red de alumbrado público y una red de distribución de electricidad cumplen distintas funciones económicas y técnicas, de manera que no serían lotes distintos de un mismo contrato, sino objetos de contratos diferentes⁴⁷. En cambio, las obras de construcción de varios colectores de aguas pluviales y aguas residuales que se dirigen a una misma depuradora deben inscribirse en un mismo proyecto, ya que no pueden considerarse independientes⁴⁸. En segundo lugar, este criterio se aplicó a los contratos de servicios. El TJUE afirma que debe existir un objetivo o una operación común entre las prestaciones que forman parte de un mismo contrato⁴⁹. Existiría esa vinculación y continuidad funcional, por ejemplo, en la contratación de servicios de arquitectura para la realización de distintas obras de saneamiento (Burgi, 2021: 123)⁵⁰. De esta jurisprudencia se deduce que el criterio es aplicable a todo tipo de contratos.

La unidad de función económica y técnica se comprueba atendiendo a circunstancias como la base técnica de las prestaciones (servicios, obras o suministros) y su alcance territorial (por ejemplo, si se extiende por distintos ámbitos territoriales)⁵¹. Así, el Tribunal ha considerado que ni siquiera es necesaria la existencia de conexión física entre las obras a realizar, si todos los trabajos forman parte de una misma función –en el caso concreto, formar parte de la red de saneamiento de Zaragoza–. En ese supuesto, todos los trabajos formarían parte de la misma obra porque se realizaron en distin-

44. STJUE Felix Swoboda, C-411/00, de 14 de noviembre de 2002, apdo. 58.

45. STJUE Comisión c. Alemania, C-574/10, de 15 de marzo de 2012, apdos. 41 y 45.

46. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000, apdo. 36. En este sentido, el artículo 3.4 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, y, en la actualidad, el artículo 1.7 Directiva 2014/24/UE. Al respecto, el Informe 1/2017, de 1 de enero, de la JCCA de Aragón.

47. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000.

48. STC Reino de España c. Comisión, T-358/08, de 11 de julio de 2013, apdo. 69.

49. STJUE Felix Swoboda, C-411/00, de 14 de noviembre de 2002, apdo. 57.

50. STJUE Comisión c. Alemania, C-574/10, de 15 de marzo de 2012, apdo. 37.

51. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000, apdo. 48. En igual sentido, la STC Reino de España c. Comisión, T-358/08, de 11 de julio de 2013, apdo. 47 ss.

tas zonas, pero en una sola zona geográfica⁵². Además, en la jurisprudencia aparecen otros “elementos de apreciación” para comprobar la conveniencia de agrupar la contratación de distintas prestaciones: simultaneidad de las convocatorias, similitud de los anuncios de licitación, unidad del marco geográfico, y existencia de un organismo o ente de coordinación de las distintas Administraciones involucradas⁵³ (Reisner, 2013).

De forma complementaria a los criterios señalados, hay que apuntar a una línea argumentativa centrada en el buen funcionamiento del mercado interior, aunque aparece únicamente en la primera sentencia dictada sobre esta materia⁵⁴. De acuerdo con el TJUE, hay que entender que existe una obra única cuando la realización de varios contratos tenga entre sí “una vinculación lo suficientemente intensa como para que una empresa de la Comunidad pueda considerarlos una misma operación económica y presentar como licitador una oferta para la realización del conjunto”⁵⁵. Se introduce, de este modo, una aproximación funcional a la configuración del objeto del contrato: la posibilidad de que los operadores económicos puedan conocer la envergadura total de la operación, incluso cuando puedan existir lotes. Entiende el TJUE que los licitadores deben poder calcular la envergadura exacta de la obra y ajustar sus precios en función del número de lotes⁵⁶. Es posible que la orientación actual tendente a la división en lotes para favorecer el acceso de las pymes a la contratación pública ya no coherente bien con este criterio, que no se ha continuado desarrollando. Pero es interesante la perspectiva ligada al buen funcionamiento del mercado y la competencia.

Finalmente, como cláusula de cierre, niega el Tribunal la posibilidad de justificar un fraccionamiento del contrato para facilitar el acceso de las pymes a la contratación pública. Afirma que ese objetivo no puede lograrse a costa del cumplimiento de las normas europeas de adjudicación de contratos públicos⁵⁷. Y podría añadirse que para ese fin están las reglas de división en lotes que no alteran el objeto ni el valor estimado del contrato.

- Unidad funcional objetiva en el derecho interno

La configuración del objeto del contrato en el derecho español pivota en torno a la vertiente objetiva del concepto de unidad funcional, que, como se verá, tiene muchas similitudes con los criterios apuntados a nivel

52. STG Reino de España c. Comisión, T-358/08, de 11 de julio de 2013, apdo. 95.

53. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000, apdo. 65. También se ha aludido a estos criterios en la STG Reino de España c. Comisión, T-358/08, de 11 de julio de 2013, apdos. 99 y ss.

54. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000.

55. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000, apdo. 41.

56. STJUE Comisión c. Francia, C-16/98, de 5 de octubre de 2000, apdo. 46.

57. STJUE Comisión c. Alemania, C-574/10, de 15 de marzo de 2012, apdo. 47.

europeo. La LCSP utiliza este término en relación con la contratación mixta para referirse al objeto del contrato. El artículo 34 LCSP, al regular la libertad de pactos, prevé que cabe celebrar un contrato mixto cuando las prestaciones estén vinculadas directamente entre sí, y “mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”. El concepto de unidad funcional se predica, así, de las prestaciones de distinta naturaleza que son objeto del contrato y que permiten su incorporación al mismo contrato⁵⁸.

La utilización legal del concepto de unidad funcional objetiva está dirigida, por tanto, a configurar el objeto del contrato. Esta aproximación es muy adecuada para considerar si existe o no fraccionamiento. El problema está en que a este mismo concepto se le ha atribuido en la práctica una función distinta: controlar la división en lotes de los contratos. De hecho, se ha empleado tanto para justificar la división en lotes cuando la regla era integrar todas las prestaciones en un contrato –conforme a la legislación previa a 2017, que preveía el criterio de unidad funcional para orientar la división en lotes (Agudo González, 2013: 160)–⁵⁹ como para controlar el cumplimiento de la obligación de dividir en lotes –de acuerdo con el artículo 99.3 LCSP–⁶⁰. La evolución normativa en torno a la división en lotes marca, así, la forma de interpretar este concepto. Por esa razón, seguidamente se expone la doctrina vertida sobre esta cuestión cuando la regla era la no división en lotes y, posteriormente, cuando se consagra legalmente la obligación de crear lotes. Como se verá en seguida, este contexto influye en la forma de interpretar el concepto de unidad funcional en clave objetiva y permite hacer un análisis más preciso de su utilización para evitar el fraccionamiento del objeto del contrato.

* *Regla general de no división en lotes*

En la práctica de la contratación pública se ha utilizado tradicionalmente la idea de unidad funcional (objetiva) para analizar si se ha producido un fraccionamiento irregular del contrato. En sentido opuesto, el concepto de unidad funcional se aplica para determinar el alcance del contrato en su conjunto. De ese modo, se entiende que el objeto del contrato debe es-

58. En torno a los contratos mixtos de redacción de proyecto y ejecución de obras, Informe 41/00, de 30 de octubre, de la JCCA del Estado; sobre contratos mixtos de adquisición de carteles y de obras para su instalación, Informe 16/09, de 31 de marzo, de la JCCA del Estado; y sobre contratos mixtos de obras y servicios, Informe 11/2018, de 26 de julio, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco.

59. *Ex multis*: Informe 1/2002, de 19 de abril, de la JCCA de Madrid.

60. Informe 57/08, de 31 de marzo de 2009, de la JCCA del Estado.

tar compuesto por todas las prestaciones que estén vinculadas entre sí en atención a su unidad funcional. No se trata de agrupar prestaciones de la misma naturaleza en un único contrato, salvo si tienen unidad funcional. En esta línea, merece la pena referirse al siguiente pronunciamiento de la JCCA del Estado:

“En resumen, cabe decir que no podrán contratarse por separado prestaciones que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, que no podría lograrse si no concurrieran todas ellas.

Por el contrario, sí pueden ser objeto de contratación independiente aquellas prestaciones que, aún (sic) cuando (sic) de naturaleza similar, no tengan entre sí una unidad funcional de la que se derive la imposibilidad de contratar la una sin la otra (...).

Debe considerarse que existe fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas”⁶¹.

El fraccionamiento del objeto del contrato existe, entonces, cuando hay varias prestaciones que, incluso teniendo objetos independientes, están vinculadas por una unidad funcional u operativa⁶². Esta interpretación de la idea de unidad funcional cohonesta muy bien con la perspectiva funcional que adopta el derecho europeo en relación con el objeto del contrato, que debe estar compuesto por prestaciones que responden a una misma función técnica o económica. Así, por ejemplo, para la instalación de varios puntos limpios en distintas localidades de una provincia, considera la JCCA del Estado que no es necesario realizar la tarea de forma conjunta ni simultánea, ya que caben distintas etapas y distintos adjudicatarios, siempre que la “ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás”⁶³. En el mismo sentido –aunque de forma más discutible debido a la parca argumentación– entiende la JCCA del Estado que es posible contratar por separado los suministros y servicios para organizar una cabalgata de Reyes, aunque tengan una finalidad común⁶⁴. Por el contrario, existe unidad funcional cuando se quiere contratar la defensa genérica del ayuntamiento en juicio, lo que exige

61. Informe 69/08, de 31 de marzo, de la JCCA del Estado. En igual sentido, entre otros, Informe 16/09, de 31 de marzo, de la JCCA del Estado; Informe 1/09, de 30 de julio de 2009, de la JCCA de Illes Balears.

62. Informe 1/09, de 25 de septiembre, de la JCCA del Estado.

63. Informe 57/09, de 1 de febrero de 2010, de la JCCA del Estado.

64. Informe 7/12, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA del Estado.

celebrar un único contrato de defensa judicial y no uno por cada juicio que se celebre⁶⁵; o cuando se contratan los servicios para realizar una exposición itinerante⁶⁶.

En este momento en que el ordenamiento jurídico proscribe la división en lotes de los contratos, el concepto de unidad funcional se utiliza también para controlar la existencia de una argumentación adecuada y suficiente para conformar lotes, en el margen de discrecionalidad del órgano de contratación⁶⁷. Por ejemplo, se impide la división en lotes de un contrato de reparación de aceras en varias calles, al considerar que existe una única finalidad, que conlleva una unidad funcional. El beneficio a las pymes de la ciudad no justifica la división en lotes, porque existe un “vínculo operativo” entre las prestaciones⁶⁸. En cambio, sí se admite la división en lotes de un contrato de servicios postales, al entender que pueden existir prestaciones divisibles, que constituyen un conjunto independiente, siempre que el contrato se mantenga en su unidad⁶⁹. Tiempo después se considera que la contratación de la retirada y tratamiento posterior de animales abandonados, aunque tiene un objeto conformado por varias prestaciones, está dirigida a una unidad funcional, lo que impide la admisión de una posible división en lotes⁷⁰.

* *Posibilidad de dividir en lotes*

La aprobación de la Directiva 2014/24/UE supuso, antes de su transposición, una revisión de la regla general de no división en lotes contenida en la legislación interna. El Considerando 78 afirma que la contratación pública debe adaptarse a las necesidades de las pymes y para ello hay que animar a los poderes adjudicadores a dividir los grandes contratos en lotes. El artículo 46 establece que los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar el contrato en forma de lotes separados. Las reglas de cálculo del valor estimado obligan a tomar como referencia todos los lotes (arts. 5.8, 9 y 10 Directiva 2014/24/UE). Este cambio en la orientación del derecho europeo se traduce en una interpretación generosa de los supuestos que permiten la división en lotes a nivel interno con el fin de favorecer la participación de las pymes en la contratación pública⁷¹. Esa finalidad ya sí se considera suficiente para

65. Informe 30/12, de 7 de mayo de 2012, de la JCCA del Estado.

66. STSJ Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 364/2004, de 21 de abril.

67. Resoluciones 124/2013, de 27 de marzo de 2013; 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, y 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC. En el ámbito contencioso-administrativo, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª) 98/2018, de 29 de enero.

68. Informe 31/12, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA del Estado.

69. Informe 40/12, de 21 de marzo de 2014, de la JCCA del Estado. También sobre servicios postales, la Resolución 247/2012, de 7 de noviembre de 2012, del TACRC.

70. Informe 56/13, de 15 de diciembre de 2015, de la JCCA del Estado.

71. Al respecto, de forma temprana, el Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón. También el Informe 4/2013, de 29 de julio de 2013, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.

dividir el contrato en lotes, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad⁷². Es más, los órganos de recursos contractuales comenzaron a entender que debía motivarse la decisión de no dividir en lotes (en detalle, Gallego Córcoles, 2015).

Incluso antes de la transposición de las directivas, se considera que la división en lotes del contrato es un derecho potestativo del órgano de contratación que deriva de su libertad de configuración del objeto del contrato; lo que impide sustituir el criterio del órgano de contratación por el que consideren los distintos operadores económicos⁷³. Cabrá la división en lotes cuando las partes del expediente sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional o así lo exija la naturaleza del objeto del contrato⁷⁴. Es más, en algunos casos se promueve la escisión en lotes, salvo que exista una motivación adecuada⁷⁵; en caso de no existir esa motivación, se deben anular los pliegos⁷⁶. Así, cuando existen varios edificios en los que se realizarán las prestaciones, se considera necesaria una motivación reforzada para no dividir en lotes⁷⁷. Y en el caso de la contratación de tecnologías de la información y comunicación se considera necesario separar en lotes siempre que sea posible y no exista una razón para su tratamiento unitario⁷⁸. El concepto de unidad funcional se emplea, entonces, para determinar la existencia de posibles lotes dentro de un mismo contrato.

Conviven, de este modo, ambas funciones del concepto, puesto que se continúa afirmando que la existencia de unidad funcional entre varias prestaciones puede considerarse un indicio de fraccionamiento indebido del objeto del contrato, que debe, no obstante, confirmarse con un análisis detallado de cada caso⁷⁹. El criterio fundamental que se utiliza por la JCCA del Estado en este momento para hablar de posible “fragmentación” del

72. La JCCA del Estado cambia, así, expresamente su criterio: Informe 12/15, de 6 de abril de 2016.

73. Entre otras, resoluciones 595/2015, de 29 de junio de 2015; 5/2016, de 12 de enero de 2016, y 430/2016, de 3 de junio de 2016, del TACRC.

74. Informe 3/2014, de 10 de julio, de la JCCA de Madrid. En la jurisprudencia contencioso-administrativa, SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 8.ª) de 30 de octubre de 2019, rec. 725/2017.

75. Resoluciones 239/2017, de 3 de marzo de 2017; 411/2017, de 5 de mayo de 2017, y 486/2017, de 1 de junio de 2017, del TACRC. En sentido opuesto, afirman que no hay deber alguno de motivar la no división en lotes las resoluciones 684/2017, de 27 de julio de 2017, y 230/2018, de 12 de marzo de 2018, del TACRC.

76. Resolución 335/2016, de 22 de diciembre de 2016, del TARCJA; Resolución 408/2017, de 5 de mayo de 2017, del TACRC; Resolución 269/2021, de 18 de junio de 2021, del TACPCAM.

77. Informe 6/2015, de 27 de noviembre, de la JCCA de Madrid. Incluso con la normativa anterior, en esa misma línea, Informe 15/01, de 5 de octubre de 2001, de la JCCA de Illes Balears.

78. Resoluciones 52/2013, de 30 de enero de 2013; 837/2015, de 18 de septiembre de 2015, y 211/2017, de 24 de febrero de 2017, del TACRC.

79. Informes 4/2010, de 29 de octubre, y 1/2013, de 28 de mayo, de la JCCA de Illes Balears.

contrato es que exista un vínculo operativo entre las distintas prestaciones (o partes de ellas), y se sigue apelando a la existencia de unidad funcional, así como a la existencia de razones de eficacia para contratar de forma agregada o separada⁸⁰. Así, por ejemplo, se entiende que la contratación de servicios de mantenimiento y reparación de vehículos contiene prestaciones similares y sucesivas que constituyen una unidad funcional, lo que conduce a tener que celebrar un único contrato, sin que quepa celebrar sucesivos contratos menores⁸¹.

* *Obligación de dividir en lotes*

La entrada en vigor de la LCSP de 2017 introduce la obligación de dividir los contratos en lotes (art. 99.3), salvo que se motive adecuadamente⁸²—normalmente se celebrará un contrato distinto por cada lote—⁸³, y el deber de calcular el valor estimado del contrato atendiendo al conjunto de todos ellos (art. 101.12). Esa obligación permanece cuando se trata de un contrato mixto, que contiene prestaciones contractuales de distinta categoría (obras, servicios y suministros). En esos casos, la JCCA del Estado afirma que dos prestaciones pueden estar vinculadas y cumplir una función unitaria, sin que ello obste a la división en lotes: “Los conceptos de unidad funcional y de realización independiente en lotes no son coextensos ni equivalentes en su significado”⁸⁴.

En la nueva regulación desaparece la referencia a que los lotes constituyan una unidad funcional, y únicamente se indica que se prevea su realización independiente (art. 99.3 LCSP). A pesar de ello, los órganos consultivos siguen apelando a la existencia de una unidad funcional u operativa, como límite a la configuración del contrato por parte del órgano de contratación y también como referencia para la división en lotes⁸⁵. Por su parte, los órganos de recursos contractuales apelan al derecho europeo para interpretar adecuadamente la nueva regulación⁸⁶. En Navarra, donde no se aplica la LCSP, se entiende que hay fraccionamiento ilegal cuando existe unidad funcional

80. Informes 12/15, de 6 de abril de 2016, y 6/16, de 27 de abril de 2017, de la JCCA del Estado. Resolución 571/2016, de 15 de julio de 2016, del TACRC.

81. Informe 6/16, de 27 de abril de 2017, de la JCCA del Estado.

82. Esa motivación es un requisito preceptivo para adoptar válidamente la decisión de no dividir: Resolución 13/2022, de 19 de enero de 2022, del OARC. Además, debe ser racional y suficiente: Resolución 245/2022, de 27 de abril de 2022, del TARCJA.

83. Al respecto, el Informe 12/20 de la JCCA del Estado.

84. Informe 7/2019, de 21 de octubre de 2019, de la JCCA del Estado.

85. Informe 39/18, de 2 de julio de 2018, de la JCCA del Estado, e Informe 5/2018, de 15 de junio de 2018, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana. También se refieren a esos informes otros órganos consultivos: Dictamen 2021/0211, de 14 de abril de 2021, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

86. Sirvan de ejemplo las siguientes decisiones: resoluciones 981/2018, de 26 de octubre de 2018; 753/2019, de 4 de julio de 2019, y 1646/2022, de 29 de diciembre de 2022, del TACRC; Resolución 61/2021, de 3 de mayo de 2021, del TARCCYL.

entre las distintas prestaciones o estas no son susceptibles de uso o aprovechamiento separado⁸⁷. En ese mismo sentido hay que interpretar la previsión de la D.A. 3.^a7 LCSP para la contratación de obras por los municipios de población inferior a 5000 habitantes cuando su financiación exceda el presupuesto anual.

La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) se ha referido a la forma en que debe comprobarse la existencia de fraccionamiento en los contratos menores que celebra el sector público del Estado, apelando también al criterio de unidad funcional, entendido como la existencia o no de una función económica o técnica propia de cada prestación. Cabe contratar separadamente las prestaciones cuando cumplen una función económica o técnica por sí solas –siguiendo el criterio europeo–⁸⁸.

Conforme a la interpretación de la unidad funcional para determinar el objeto del contrato en su conjunto, cabe contratar por separado varias campañas de publicidad y comunicación de un ayuntamiento. Se afirma que la inclusión en un mismo plan anual de comunicación no implica que deban integrarse en un único contrato todas las prestaciones. Debe comprobarse si cada campaña constituye un objeto propio y completo, de modo que no se necesiten entre sí para su funcionamiento operativo. Solo en ese caso cabría una contratación por separado sin que se produjera un fraccionamiento prohibido⁸⁹. Esta misma interpretación se aplica en relación con la contratación de distintas prestaciones para la organización de unas jornadas institucionales⁹⁰; la suscripción a revistas y bases de datos⁹¹; la contratación de obras similares⁹² y de servicios iguales⁹³; y la contratación de obras para la construcción de distintos centros de salud⁹⁴. En relación con la adquisición de distintas prestaciones para la celebración de festejos municipales, se considera que, en principio, no parece existir un vínculo operativo entre prestaciones tan diferentes como espectáculos taurinos, pasacalles, juegos infantiles u orquestas de música; aunque es el órgano de contratación el que debe realizar el análisis del posible vínculo entre las distintas prestaciones⁹⁵. Por lo que se refiere a la contratación de una representación artística única

87. Informe 5/2021, de 8 de octubre de 2021, de la JCCA de Navarra (a pesar de no aplicar la LCSP).

88. Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores.

89. Informe 39/18, de 2 de julio de 2018, de la JCCA del Estado.

90. Informe 86/18, de 10 de diciembre de 2018, de la JCCA del Estado.

91. Informe 90/18, de 10 de diciembre de 2018, de la JCCA del Estado.

92. Informe 111/18, de 15 de julio de 2019, de la JCCA del Estado.

93. Consejo Vasco de la Competencia, Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, p. 9.

94. Resolución 329/2022, de 10 de marzo de 2022, del TACRC.

95. Informe 72/18, de 15 de julio de 2019, de la JCCA del Estado.

mediante un contrato menor, se afirma que la individualidad y la prestación son determinantes para permitir contratar separadamente la prestación⁹⁶.

* Valoración crítica

La penetración del concepto de unidad funcional tanto en la fase de determinación del objeto del contrato –que se produce en un primer momento del diseño de la contratación– como en la fase de determinación de los posibles lotes –que se produce en un segundo momento– es criticable. El concepto de unidad funcional se emplea para referirse a la finalidad única o necesidad del contrato y a la imposibilidad de dividir en lotes⁹⁷, cuando posteriormente es esa misma idea de unidad funcional y aprovechamiento separado la que obliga a partir un mismo contrato en varios lotes. Esta situación se explica, a mi juicio, al menos en parte, por la evolución de una normativa que limitaba los lotes a otra que obliga a su conformación.

No tiene sentido que se apele a la unidad funcional que tienen varios objetos o prestaciones por separado para justificar la división en lotes de un contrato y que, a su vez, se afirme que esos lotes conforman entre sí una unidad funcional. El mismo concepto no puede servir para agrupar las prestaciones en un único contrato y, después, para determinar la división de ese mismo contrato en lotes. De hecho, la división en lotes no aparece ligada en la Directiva 2014/24/UE a la existencia de un aprovechamiento independiente o separado de cada lote en atención a una función económica y técnica –como se afirma para configurar el objeto del contrato en su conjunto–. En el Considerando 78 se indica que la división en lotes podrá hacerse de forma cuantitativa –haciendo que la magnitud del contrato se corresponda mejor con la capacidad de las pymes– o de forma cualitativa –de acuerdo con los distintos gremios y especializaciones–. Atender a una unidad funcional en esos casos, o al aprovechamiento separado o independiente, no parece idóneo para responder a la finalidad de los lotes. Es el órgano de contratación el que, ejerciendo su discrecionalidad técnica, establecerá los lotes que considere oportunos dentro de los límites establecidos legalmente (Batet Jiménez, 2016: 105)⁹⁸. El control estará vinculado a la motivación de esa división atendiendo a criterios de eficacia, eficiencia, libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia⁹⁹; y habrá que realizar un análisis caso por caso.

96. Informe 72/18, de 15 de julio de 2019, de la JCCA del Estado.

97. Un buen exponente de esta contradicción aparece en el Informe 31/12, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA del Estado, en relación con la contratación de obras para la reparación de aceras en distintas calles del Ayuntamiento de Badajoz.

98. Por ejemplo: Resolución 120/2019, de 24 de abril de 2019, del TARCJA.

99. *Ex multis*: resoluciones 214/2013, de 12 de junio de 2013, 523/2015, de 5 de junio de 2015, 837/2015, de 18 de septiembre de 2015, 873/2015, de 25 de septiembre de 2015, 935/2015, de 9

En el derecho interno se entremezclan los criterios dirigidos a configurar el contrato y evitar fraccionamientos con las directrices que deben ordenar la división en lotes. Pero se trata de cosas distintas, que responden a finalidades diferentes¹⁰⁰. Por esa razón, no puede entenderse que la división en lotes sea una excepción a las reglas de fraccionamiento del contrato¹⁰¹. Ciertamente, la unidad funcional y la realización independiente no son conceptos equivalentes¹⁰². Y cabe afirmar que la unidad funcional es la delimitación positiva del contrato cuyo reverso negativo es la idea de fraccionamiento¹⁰³. Pero no es posible licitar un único contrato cuando hay prestaciones que podrían constituir contratos independientes si hay vinculación entre ellas¹⁰⁴. Si hay vínculo entre las prestaciones, habrá que configurar un único contrato dividido en los lotes correspondientes.

En conclusión, la idea de unidad funcional (objetiva) es útil para configurar el objeto del contrato y evitar el fraccionamiento, pero no puede servir al mismo tiempo para determinar la división en lotes, que responde a una finalidad distinta, ligada al acceso de las pymes al mercado. La división en lotes no es un problema desde el punto de vista de la aplicación de las reglas de procedimiento y publicidad, como sí sucede en el caso del fraccionamiento¹⁰⁵. Cabe entonces contratar separadamente prestaciones que responden a finalidades técnicas y económicas por sí mismas, independientes y separables del resto, pero si hay un vínculo entre ellas que las convierte en una unidad funcional, es preciso realizar una única licitación¹⁰⁶. En sentido inverso, hay que configurar el objeto del contrato atendiendo a la unidad funcional, entendida como el conjunto de prestaciones que responden a una misma función económica o técnica (Castro Marquina, 2017: 512), sin perjuicio del análisis de la división en lotes que deba realizarse en un momento posterior. En esta tarea es de gran utilidad la idea de la causa o necesidad del contrato, que se expone seguidamente.

de octubre de 2015, y 83/2018, de 2 de febrero de 2018, del TACRC; resoluciones 353/2018, de 8 de noviembre de 2018, 246/2022, de 30 de junio de 2022, del TACPCAM. En el ámbito contencioso-administrativo: STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5.ª) 333/2021, de 27 de abril, que analiza la compatibilidad de dos vacunas para certificar que no debía dividirse el contrato en lotes, sin apelar en ningún momento al concepto de unidad funcional.

¹⁰⁰. En ese sentido, las resoluciones 561/2020, de 23 de abril de 2020, y 576/2020, de 7 de mayo de 2020, del TACRC.

¹⁰¹. Así lo afirma la Resolución 6/2023, de 16 de enero de 2023, del OARC.

¹⁰². Informe 7/2019, de 21 de octubre de 2019, de la JCCA del Estado.

¹⁰³. Informe 1/2017, de 1 de enero, de la JCCA de Aragón.

¹⁰⁴. Se afirma esta posibilidad en el Informe 17/2015, de 21 de diciembre, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña.

¹⁰⁵. STSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) 139/2022, de 4 de marzo.

¹⁰⁶. Informe 11/2020, de 2 de octubre, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña.

4.3.2 Causa

La causa del contrato constituye un criterio clave para configurar adecuadamente el objeto o las prestaciones a contratar y evitar el fraccionamiento irregular¹⁰⁷. Así, se considera que deberá haber un único contrato cuando exista coincidencia de sujeto, objeto y causa¹⁰⁸ (Carrodeaguas Méndez, 2018: 69; Vázquez Matilla, 2018). Aplicando ese examen, se afirma que hay fraccionamiento, por ejemplo, cuando se celebran tres contratos menores con una misma empresa para adquirir cinco actuaciones para celebrar el Día de las Instituciones¹⁰⁹; o cuando se celebran varios contratos menores para satisfacer una necesidad continuada, como el suministro de papel o de material de oficina¹¹⁰. No habría fraccionamiento, sino discrecionalidad del órgano de contratación, cuando decide asumir la responsabilidad de organizar exposiciones o festivales, externalizando ciertos servicios, en lugar de contratar la organización de los eventos en su conjunto¹¹¹.

El criterio de la causa se centra en las necesidades que el órgano de contratación debe satisfacer con el contrato¹¹². El órgano debe conocer qué necesidades tienen un carácter sostenido en el tiempo para su funcionamiento, puesto que, en principio, no cabe celebrar contratos menores cuando existe una necesidad que se prolonga más allá de la duración máxima de un año –para las Administraciones públicas–¹¹³. Este conocimiento plasmado en la programación de la contratación evita el fraccionamiento¹¹⁴. Con esta finalidad hay que interpretar la exigencia del informe de necesidad en el expediente de los contratos menores (art. 118.2 LCSP). El órgano de contratación debe incluir en él una motivación sustantiva de la necesidad de la prestación por ausencia de medios (Garcés Sanagustín, 2018: 106-107), y supone una reflexión sobre la necesidad que ayuda a evitar el fraccionamiento.

Con base en estas ideas, sería posible celebrar un contrato menor “puente” cuando la intención no es evadir las reglas de contratación, sino

107. En el planteamiento de la consulta que da lugar al Informe 1/09, de 25 de septiembre, de la JCCA del Estado, se hace una magnífica distinción entre esta idea de necesidad y el concepto de unidad funcional. Y pone de manifiesto la confusión creada por la doctrina de las juntas consultivas de contratación en este punto.

108. Informe 1/2010, de 3 de febrero, de la JCCA de Canarias; también, Informe 1/2017, de 1 de enero, de la JCCA de Aragón.

109. Dictamen 1422/2011, del Consejo de Estado.

110. Informe 14/2014, de 22 de julio, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña.

111. Informe 15/01, de 5 de octubre de 2001, de la JCCA de Illes Balears.

112. Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del TACPA.

113. En este sentido, la SJCA núm. 4 de Valladolid 144/2021, de 1 de octubre.

114. De forma temprana, Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la JCCA de Illes Balears; después, Informe 14/20, de 29 de julio de 2020, de la JCCA del Estado.

asegurar la prestación de servicios esenciales, como la atención a personas discapacitadas o en situación de dependencia. En esos casos, cuando las causas que motivan la contratación no son imprevisibles para el órgano de contratación –y, por tanto, no se está en el supuesto del artículo 29.4 LCSP–, el interés público subyacente a la ejecución del contrato debe primar sobre otras consideraciones. La duración del contrato debe ser, eso sí, la estrictamente necesaria para concluir la licitación del contrato mediante el procedimiento correspondiente¹¹⁵, y es necesario justificar la urgencia y la imposibilidad de tramitar un procedimiento de adjudicación¹¹⁶. Ahora bien, las razones aducidas deben ser de interés público y no otras relacionadas con causas ocultas o fraudulentas, que pretendan evitar la aplicación de los procedimientos de contratación. Para ello hay que atender a la existencia de una “imprescindible continuidad del servicio” que deberá justificarse atendiendo a la naturaleza del servicio de que se trate específicamente¹¹⁷.

La previsibilidad de la necesidad también se vincula a la causa, en especial, en el caso de la contratación menor. No se fraccionaría el objeto del contrato si, después de celebrar un contrato menor, se volviera a contratar la misma prestación con el mismo contratista debido a una necesidad nueva, imprevisible en el momento de celebrar el primer contrato¹¹⁸. En esos casos, se entiende que la causa del contrato es distinta (Soler Mifsud, 2017: 112). Sin embargo, sí se produciría fraccionamiento si se dividiera un único contrato en varios contratos menores o si para cubrir una necesidad recurrente se celebraran sucesivos contratos menores (Soler Mifsud, 2017: 113) –es el caso, por ejemplo, de la adquisición de cientos de butacas iguales, destinadas al mismo fin¹¹⁹; de la contratación del servicio de limpieza de la sede de una entidad¹²⁰; de la contratación de servicios de defensa jurídica requeridos habitualmente¹²¹; del servicio de socorrismo en las playas, que se requiere todos los años¹²²; o de los servicios de trabajos técnicos para el desarrollo de actividades culturales en un mismo centro–¹²³. Algo similar sucedería cuando se procede a la contratación de una prestación con base en una subvención

¹¹⁵. Informe 86/18, de 10 de diciembre de 2018, de la JCCA del Estado, e Informe 73/18, de 26 de julio de 2019, de la JCCA del Estado.

¹¹⁶. Dictamen 2021/0211, de 14 de abril de 2021, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

¹¹⁷. Informe 4/2016, de 7 de junio, de la JCCA de Canarias; Informe 73/18, de 26 de julio de 2019, de la JCCA del Estado.

¹¹⁸. Informes 1/2010, de 3 de febrero, y 1/2011, de 9 de junio, de la JCCA de Canarias.

¹¹⁹. Dictamen 3115/2000 del Consejo de Estado.

¹²⁰. Dictamen 271/2016 del Consejo de Estado.

¹²¹. Informe 8/16 (sin fecha) de la JCCA de Canarias.

¹²². Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, del Consejo Vasco de la Competencia, p. 11.

¹²³. SJCA núm. 1 Segovia, 105/2021, de 28 de junio.

y el año siguiente se vuelve a contratar el mismo objeto financiado con una nueva subvención. En esos casos, no hay una única necesidad, puesto que esta surgirá o no según se consiga o no la subvención (Candela Talavero, 2011: 89-90)¹²⁴.

La regla del carácter recurrente de la necesidad o de su continuidad en el tiempo no aparece en la LCSP¹²⁵, pero se ha desarrollado especialmente por los órganos autonómicos¹²⁶ y se aplica a todos los entes del sector público. Permite tomar conciencia de la extensión de la necesidad a satisfacer con el contrato (Cavilán López, 2023)¹²⁷. El carácter necesario o reiterado y previsible de los servicios, la similitud de las prestaciones y el fin único de los contratos se consideran elementos fundamentales para planificar de forma racional las necesidades y, en consecuencia, diseñar el objeto de los contratos¹²⁸. Sin embargo, este criterio se está flexibilizando en combinación con la duración del contrato, como se ve más adelante. Una interpretación estricta de esta regla no prevista en la Ley puede conducir a ineficiencias en la contratación de ciertas prestaciones recurrentes de muy escasa relevancia económica anual.

Finalmente, hay que referirse a los órganos de defensa de la competencia, que insisten en la importancia del criterio de la necesidad o causa del contrato¹²⁹. Es más, instan a los órganos de contratación a ir más allá de las

124. STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) 192/2021, de 27 de septiembre: referida a la construcción de dos naves en momentos distintos, con particularidades en cada caso y atendiendo a las subvenciones obtenidas.

125. Informe 2/2022, de 27 de julio de 2022, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.

126. Sirvan de ejemplo los informes 1/2009, de 30 de julio, y 4/2010, de 29 de octubre, de la JCCA de Illes Balears; informes 10/2014, de 28 de abril de 2015, y 2/2016, de 25 de febrero, de la CCCA de Andalucía; Informe 14/2014, de 22 de julio, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña; Dictamen 2021/0211, de 14 de abril de 2021, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Posteriormente, el criterio ha cristalizado en la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, de OIReScon, vinculante únicamente para el sector público del Estado (Informe 2/2019, de 13 de junio, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña; Informe 2/2019, de 13 de junio de 2019, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana; Dictamen 2021/0211, de 14 de abril de 2021, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana; STC 68/2021), y también aparece, por ejemplo, en el Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, del Consejo Vasco de la Competencia, pp. 10-11.

127. Se utiliza en la STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) 427/2015, de 14 de octubre, para afirmar que no hay fraccionamiento en sucesivos contratos menores de retirada y traslado de vehículos al depósito local. Aunque en este caso es discutible que la necesidad sea puntual.

128. Informe n.º 1.189 de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales en el ejercicio 2014 y 2015 del Tribunal de Cuentas, de 26 de agosto de 2016, p. 50. En el ámbito local, Informe n.º 1.361 de fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500 000 habitantes, ejercicio 2016, del Tribunal de Cuentas, de 19 de diciembre de 2019, p. 92. También, el Consejo Vasco de la Competencia, Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, p. 6.

129. Autoridad Catalana de la Competencia, Red. ACCO: OB 56/2021 – Contratación menor, de 21 de abril de 2021, p. 9.

“formalidades” del artículo 118 LCSP y realizar una evaluación del contrato en términos de competencia¹³⁰. Llama la atención que se recomiende esa actuación cuando la contratación menor está diseñada como una forma de adjudicación directa por debajo de unos umbrales, fijados por el legislador, que evitan, precisamente, el daño a la competencia y al buen funcionamiento del mercado, permitiendo la eficacia administrativa. Si esa ponderación se ha realizado por la ley, no parece necesario que se haga de nuevo por el órgano de contratación, sin perjuicio de que el ente adjudicador deba aplicar escrupulosamente las exigencias legales para evitar el fraccionamiento irregular del objeto del contrato. Una interpretación rigorista del derecho orientada únicamente a la competencia puede subvertir la finalidad buscada por la norma.

4.3.3 Duración

La limitación de la duración del contrato menor a un año constituye una de las características principales de su régimen legal¹³¹. Esta regla y la prohibición de prórroga se aplican exclusivamente a las Administraciones públicas (art. 29.8 LCSP), que son quienes celebran contratos menores en sentido estricto –también se extienden a la suscripción a revistas y bases de datos, prevista en la D.A. 9.ª LCSP–¹³². El Libro Tercero, aplicable al resto de entes del sector público, no emplea en ningún momento el término “contrato menor”, ni tampoco se remite a la regulación de este tipo de contrato; de manera que podrían contratar por la vía del contrato menor prestaciones que se prolonguen más allá de un año (con los límites legales), siempre que respeten las reglas de no fraccionamiento y que el valor estimado no supere los umbrales fijados legalmente. El criterio del carácter recurrente no tendría sentido en este caso, siempre que se cumplan el resto de los criterios analizados. Además, la Ley prevé una excepción a esta regla para los contratos de servicios complementarios a un contrato menor de obras celebrados por las Administraciones públicas (art. 29.7, párr. 3.º, LCSP).

La duración anual de los contratos menores de las Administraciones públicas está en el origen de algunos casos de supuesto fraccionamiento del contrato. En ese sentido, la JCCA del Estado afirma que cuando los objetos a

¹³⁰. *Ibidem*, pp. 11-12.

¹³¹. Sobre este límite, Informe 30/12, de 7 de mayo, de la JCCA del Estado; Informe 13/2018, de 21 de diciembre de 2018, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana, en relación con los contratos menores de dirección de obras; también Informe 14/20, de 29 de julio de 2020, de la JCCA del Estado.

¹³². Informe 90/18, de 10 de diciembre de 2018.

contratar son distintos y lo único que varía es el ámbito temporal (años distintos, por ejemplo) no cabe dudar de la existencia de unidad funcional¹³³. Ahora bien, esta limitación pierde parte de su sentido cuando se trata de adquirir prestaciones de escasa relevancia económica cuya necesidad se prolonga más allá del año. Es muy probable que el coste que supone la licitación supere los beneficios que se deriven de ella. En esta línea, el órgano consultivo valenciano ha considerado recientemente que carece de fundamento limitar la contratación menor en todos los casos de gastos recurrentes cuando pueden tener una escasa cuantía. Así, en contratos de servicios y suministros cuya duración máxima es de cinco años, cabría celebrar contratos menores sucesivos cuando la suma del valor estimado en esos cinco años no supere el umbral de la contratación menor –esto es, 3000 euros anuales–¹³⁴.

Se ha señalado en la doctrina que esta medida puede aliviar a muchas entidades locales, evitando la necesidad de licitar prestaciones de muy escasa entidad (Larrea e Iribarren, 2019). Asimismo, este razonamiento podría trasladarse a todos los casos de adjudicación directa previstos en la LCSP –por ejemplo, en el caso de la D.A. 9.ª LCSP, que permite adjudicar directamente los contratos de suscripción a revistas o bases de datos–. Es más, parece que de ese modo se podría favorecer el acceso de las pymes a este tipo de contratos.

Ciertamente, en la medida en que el criterio del carácter repetitivo o continuado de las prestaciones no aparece en la Ley, y en que en estos casos el impacto económico de los contratos es muy bajo, puede tener sentido que se utilice el contrato menor. No obstante, parece razonable que, en este tipo de supuestos, en los que existe una necesidad recurrente, se tomen medidas para evitar la perpetuación en la realización de la prestación de un mismo proveedor, que podría llegar a perjudicar a la competencia. Así, se podría exigir la solicitud de varias ofertas y la imposibilidad de contratar con el mismo operador económico más allá del plazo máximo de duración establecido, en función del objeto contractual. Alternativamente, podría utilizarse un criterio de rotación en el marco de un sistema *open-house*, atendiendo al tipo de prestación que es objeto de contratación (Díez Sastre, 2021b). Exigir la tramitación de un procedimiento de adjudicación en estos casos puede ser desproporcionado para evitar un posible mal a la competencia, que tendrá poco impacto debido a la limitación de cuantías que supone proyectar el límite del contrato menor a la duración máxima posible del contrato en atención a su objeto.

133. Informe 14/20, de 29 de julio de 2020, de la JCCA del Estado.

134. Dictamen 2021/0211, de 14 de abril de 2021, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

Por lo que se refiere a los pagos inferiores a 5000 euros que se tramitan por el sistema de anticipos de caja fija u otro similar, el órgano consultivo valenciano señala que cabría atender a pagos recurrentes o repetitivos, porque precisamente la Ley excluye la aplicación del artículo 118.2 LCSP en este tipo de contratos (art. 118.5 LCSP)¹³⁵.

Esta afirmación debe matizarse en su aplicación. Será posible hacer pagos recurrentes en el marco de varios contratos menores realizados a lo largo de un mismo año que en ningún caso, en su conjunto, superasen el umbral del contrato menor. Pero no cabrá hacer sucesivos contratos menores que acaben superando los límites subjetivos y objetivos establecidos legalmente por el hecho de que se abonen por la vía del anticipo de caja fija o sistema similar. El artículo 118 LCSP regula el expediente de contratación en contratos menores. Está ubicado en la Subsección 1.ª, de la Sección 1ª del Capítulo I, del Título I dentro del Libro II, que se dedica a regular el expediente de contratación de los contratos que celebran las Administraciones públicas. Esto significa que no se aplica a entes distintos de las Administraciones públicas –en la medida en que su régimen propio no se remite a este precepto–, como se ha señalado anteriormente. Pero, además, esta ubicación sistemática ayuda a determinar el alcance de esta regulación, que se circunscribe exclusivamente al expediente; esto es, al reflejo documental que debe acompañar a las actuaciones de preparación de un contrato menor. El hecho de que el artículo 118.5 LCSP exima del informe que motiva la necesidad del contrato y que no se está alterando el objeto del contrato, cuando se utilice esta forma de pago y el valor estimado del contrato no supere los 5000 euros, no puede significar que se inaplique en estos casos lo dispuesto en el artículo 99.2 LCSP en relación con el no fraccionamiento de los contratos públicos. Este precepto se refiere a los contratos de todo el sector público y contiene una regla esencial para materializar los principios generales de la contratación pública. De manera que una forma de pago –regulada en clave presupuestaria¹³⁶– y de conformación del expediente de contratación no puede suponer una quiebra de esta regla esencial.

5

Prevención del fraccionamiento: planificación de la contratación

Se ha señalado al comienzo de este trabajo que el fraccionamiento irregular de los contratos es uno de los principales males que aqueja a la contratación

¹³⁵. *Idem*.

¹³⁶. Informe 54/18 de la JCCA del Estado.

menor. Algunas de las causas habituales que conducen a esa situación son la ausencia de comunicación y coordinación entre los órganos competentes para contratar –bien porque tengan atribuida la titularidad de la competencia, bien porque ejerzan la competencia por delegación (como sucede habitualmente en el ámbito local)–, la inexistencia de información adecuada dentro de cada organización sobre los contratos menores celebrados¹³⁷, así como la falta de medios materiales y personales para contratar.

En este escenario la planificación de las prestaciones a contratar cumple una función clave. Planificar la contratación permite elegir adecuadamente el tipo de contrato y el procedimiento, evitando incumplimientos, especialmente en relación con el fraccionamiento de los contratos y con el fenómeno de la contratación irregular¹³⁸. Asimismo, previene conductas de mayor gravedad vinculadas a la falta de integridad y corrupción en las organizaciones públicas (en detalle, Doncel Rodríguez, 2023). Ciertamente, para poder planificar es necesario contar con una adecuada información. Esa información es más fácil de recopilar en la actualidad debido a la obligación de publicación de los contratos menores (art. 63.4 LCSP).

La LCSP regula la planificación de la contratación pública en su artículo 28.4. Extiende la obligación de programar la actividad de contratación pública a todos los entes del sector público. Además, se prevé la publicidad de ese plan a través de un anuncio de información previa (art. 134 LCSP) que, como mínimo, recoja los contratos sujetos a regulación armonizada. La correcta planificación de la contratación se considera la forma idónea de evitar que surja la necesidad de contratar mediante contratos menores prestaciones cuya necesidad se prolonga en el tiempo más allá de un año¹³⁹. En el ámbito autonómico cabe encontrar desarrollos de esta previsión, como el Capítulo I (arts. 6-10) de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se regula la pla-

¹³⁷. Pone el acento en la importancia de esta información el Informe n.º 1.124 de fiscalización de la contratación menor celebrada por la Tesorería General de la Seguridad Social del Tribunal de Cuentas, de 7 de agosto de 2015, pp. 36-37; también el Informe n.º 1.189 de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales en el ejercicio 2014 y 2015 del Tribunal de Cuentas, de 26 de agosto de 2016, p. 52.

¹³⁸. Al respecto, entre otros, Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la JCCA de Illes Balears, antes de la previsión de la planificación en la LCSP de 2017; Informe 4/2018, de 15 de junio de 2018, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana; Dictamen 231/20, de 23 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. También, Autoridad Catalana de la Competencia, Red. ACCO: OB 56/2021 – Contratación menor, de 21 de abril de 2021, pp. 7-8.

¹³⁹. Al respecto, informes 5/2018, de 15 de junio de 2018, y 13/2018, de 21 de diciembre de 2018, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana; informes 73/18, de 26 de julio de 2019, y 14/20, de 29 de julio de 2020, de la JCCA del Estado; Informe 2/2022, de 27 de julio de 2022, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana; también, el Informe 9/22, de 29 de julio de 2022, de la JCCA del Estado.

nificación de los contratos y de los recursos personales y su profesionalización. Además, se derivan algunas consecuencias jurídicas de la planificación. Así, la JCCA del Estado restringe la utilización de la prórroga del artículo 29.4 LCSP. La condiciona a la existencia de una programación o planificación previa de la contratación por parte del órgano competente. Se habla, así, de una diligencia reforzada en relación con esa actividad planificadora¹⁴⁰.

A pesar de estas previsiones, el porcentaje de órganos de contratación que planifica su contratación es mínimo (Doncel Rodríguez, 2023: 3). Es necesario facilitar especialmente a las entidades locales esta tarea para reconducir la contratación menor a su espacio excepcional o extraordinario (E.M. de la LCSP). Una adecuada planificación de la actividad de contratación permitirá tomar conciencia del ámbito natural al que debe circunscribirse la contratación menor¹⁴¹, en los términos en que se ha descrito en este trabajo, evitando el fraccionamiento irregular del contrato.

6

Consecuencias del fraccionamiento

Cuando los contratos menores encierran supuestos de fraccionamiento irregular, pueden dar lugar a consecuencias jurídicas en distintos planos, que se mencionan brevemente a continuación. Desde el punto de vista de la validez de la actuación administrativa, habitualmente se deduce la nulidad de pleno derecho por ausencia del procedimiento legalmente establecido (García García, 2016)¹⁴². El acceso a la impugnación de los contratos menores fraccionados a través del recurso especial exige un juicio previo por parte de los órganos de recursos contractuales en torno a la existencia de fraccionamiento, que se realiza conforme a los criterios señalados anteriormente¹⁴³. Por otro lado, podría derivarse responsabilidad disciplinaria de las personas responsables de la tramitación del expediente en el que se aprecie fraccionamiento (García García, 2016).

En otro orden de magnitud, el fraccionamiento del objeto del contrato con el fin de adjudicar directamente varios contratos menores ha conducido a numerosas condenas penales de autoridades y empleados públicos cuan-

140. Informe 73/18, de 26 de julio de 2019, de la JCCA del Estado.

141. En este sentido, Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, del Consejo Vasco de la Competencia, pp. 13-14.

142. Dictámenes 929/2016 y 506/2017 del Consejo de Estado; SJCA núm. 4 de Valladolid 144/2021, de 1 de octubre.

143. Resolución 571/2016, de 15 de julio de 2016, del TACRC.

do tiene un trasfondo de corrupción (Soler Mifsud, 2017: 114; Carrodeaguas Méndez, 2018: 59). Distintos tipos penales (prevaricación, malversación, fraude, cohecho, etc.) pueden relacionarse con las prácticas de fraccionamiento de contratos (García García, 2016). Ese hecho no puede llevar a identificar el fraccionamiento indebido con conductas delictivas (Vázquez Garranzo, 2018: 160). En ocasiones, se trata simplemente de decisiones incorrectas que pueden responder a la falta de planificación o de coordinación dentro de la organización administrativa. En este sentido, se critica el desequilibrio que se deriva de una identificación de la contratación menor con la sospecha de la comisión de infracciones penales (Garcés Sanagustín, 2018: 102) y la excesiva gravedad de las consecuencias asociadas a estas conductas, que, en ocasiones, deberían quedar en el ámbito administrativo (Batet Jiménez, 2021). Podría añadirse, también, la preocupante asimetría que existe entre la claridad de los criterios que ayudan a identificar administrativamente la existencia de fraccionamiento y la gravedad de las consecuencias que pueden llegar a anudarse penalmente. Por esa razón, es necesario depurar adecuadamente los criterios que ayudan a analizar este tipo de casos.

7

Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo se ha puesto de manifiesto la dificultad que entraña la configuración del objeto del contrato, en especial, en la contratación menor –en sentido amplio–. En algunos casos será fácil identificar la existencia de fraccionamiento irregular mediante la celebración de contratos menores; en otros, esa constatación podrá ser discutible. El estándar de cuidado que sí deben cumplir las entidades del sector público es planificar adecuadamente su contratación. Solo de ese modo podrán identificar qué necesidades encajan o no en contratos que, en atención a su valor estimado y a sus características, pueden adjudicarse directamente.

El derecho positivo contiene solo algunos conceptos y directrices que orientan la tarea de configuración del objeto del contrato, evitando su fraccionamiento. Entre ellos, hay que destacar los conceptos de unidad funcional, en sentido subjetivo y objetivo, y la causa o necesidad del contrato. El concepto de unidad funcional en sentido subjetivo no puede servir para que órganos delegados celebren contratos separados. En España, el concepto de unidad funcional separada parece corresponderse con el de órgano de contratación, como titular de la competencia para celebrar el contrato. Por otro lado, el concepto de unidad funcional en sentido objetivo debe circuns-

cribirse a la definición del objeto del contrato. No puede servir al mismo tiempo para comprobar si debe dividirse en lotes. La misma idea no puede servir para tareas que se realizan en momentos distintos con finalidades diferentes.

Por otro lado, hay que destacar que en la práctica se ha tendido a restringir la utilización del contrato menor para necesidades que no tengan carácter puntual o recurrente, aunque ese criterio no aparece en la Ley. De hecho, en los últimos años se aprecia una lectura de la regulación funcional dirigida a facilitar el funcionamiento de las Administraciones públicas sin alterar el buen funcionamiento del mercado. En esa línea, hay que considerar positivamente la posibilidad de celebrar contratos menores sucesivos, siempre que el valor estimado conjunto no supere el umbral del contrato menor. Si es posible adjudicar directamente en un año un contrato por debajo de esas cuantías, con más razón será posible adjudicar directamente varios contratos con el mismo objeto que no superen el valor estimado fijado legalmente en varios años por su escaso impacto en el mercado. En ese sentido, los límites a la configuración del objeto del contrato que se han expuesto no pueden interpretarse de modo que impidan el desarrollo de políticas públicas. Esto se pone especialmente de manifiesto en el caso de los Gobiernos locales, que asumen la gestión de una parte importante de los servicios públicos. Ahora bien, en este tipo de supuestos, sería conveniente introducir algún tipo de exigencia procedimental que evite una posible perpetuación del mismo operador económico en la realización de la prestación a lo largo del tiempo, en los términos que se han indicado en el texto precedente.

El ideal de la licitación, donde la competencia entre distintos operadores conduce a una mejor oferta calidad-precio¹⁴⁴, no se cumple en numerosos casos. Los umbrales económicos de la adjudicación directa atienden a ese razonamiento. Es más, incluso por encima de esos umbrales hay muchos casos en los que ese ideal no se cumple porque no hay competencia: solo presenta oferta un único operador económico¹⁴⁵. Por esa razón, es preciso analizar de forma realista qué valores de funcionamiento del mercado se están protegiendo al interpretar de forma restrictiva la utilización del contrato menor, en el margen configurado por el legislador. En muchos supuestos no habrá ni siquiera oferta o no habrá competencia entre distintos operadores; en otros, la escasa competencia existente y la similitud entre

¹⁴⁴. Autoridad Catalana de la Competencia, Red. ACCO: OB 56/2021 – Contratación menor, de 21 de abril de 2021, pp. 5-6.

¹⁴⁵. Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo I: las cifras de la contratación pública en 2021 (octubre de 2022), OIREscon, pp. 80 y ss.

los operadores impedirán sacar especial provecho a los procedimientos de contratación que son costosos, tanto para los entes contratantes como para los operadores económicos que han de participar en ellos. Ciertamente, hay que evitar un uso fraudulento de los contratos menores, que encubra fraccionamientos prohibidos, pero eso no puede traducirse en una presunción de ilegalidad de esta forma de adjudicación.

Para finalizar, hay que tener más presente la precariedad de los medios personales y materiales que sufren numerosas entidades locales y entidades del sector público local, que desemboca en numerosos contratos menores e, incluso, en contratación irregular, por la imposibilidad y dificultad de tramitar los procedimientos previstos legalmente. Ciertamente, cabe celebrar convenios con otras entidades para gestionar sus procedimientos de contratación o emplear procedimientos más sencillos, como el simplificado en sus dos modalidades (art. 159 LCSP)¹⁴⁶. Pero sigue siendo una tarea pendiente dedicar más recursos, especialmente a las pequeñas entidades locales, y personal especializado, para asegurar su capacidad de cumplimiento de las normas de contratación pública.

8

Bibliografía

- Agudo González, J. (2013). El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley. En J. Colás Tenas y S. Díez Sastre (coords.), *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local (Revista de Estudios Locales. Cunal*, 161, 147-181).
- Batet Jiménez, M.^a P. (2016). La división del objeto del contrato en lotes. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 6, 93-131.
- (2021). La delgada línea entre la irregularidad administrativa y el delito en contratación pública. *Blog de la Agencia Valenciana Antifraude*.
- Burgi, M. (2021). *Vergaberecht. Systematische Erläuterung für Praxis und Ausbildung*. München: C.H. Beck.
- Campos Acuña, C. (2018). ¿Son los Concejales Unidades Funcionales Separadas para tramitar contratos menores? Informe JCCA Expediente 9/18. *concepcioncampos.org*.

¹⁴⁶. Decálogo de buenas prácticas en la tramitación de los contratos menores por las entidades locales, LEA/AVC n.º 581-PROM-2022, del Consejo Vasco de la Competencia, pp. 14-15.

- Candela Talavero, J. E. (2011). El fraccionamiento del objeto de los contratos y la fraudulenta utilización del contrato menor. *Auditoría Pública*, 53, 85-94.
- (2019). El objeto del contrato público y su división. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 18, 15-69.
- Carrodeaguas Méndez, R. (2018). Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, 10, 56-79.
- Castro Marquina, G. (2017). La división en lotes: panorama y propuestas en la aplicación de las nuevas Directivas sobre contratación pública. *Revista Aragonesa de Administración pública*, 49-50, 500-566.
- Díez Sastre, S. (2018). Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: el régimen jurídico aplicable. En S. Díez Sastre (ed.). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (pp. 17-46). A Coruña: Iuris Utilitas.
- (2020). La tópicica como método en el derecho público. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 363-396.
- (2021a). Organización municipal. En F. Velasco Caballero (dir.). *Tratado de Derecho Municipal* (pp. 257-286). Madrid: Marcial Pons.
- (2021b). Contratos “open-house”: comprar sin licitar. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 15, 5-23.
- (2023). *¿Siempre es mejor licitar? Fórmulas alternativas sin huir del Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia (en prensa).
- Doncel Rodríguez, C. (2023). El elefante en la habitación: los riesgos de corrupción por falta de planificación de la contratación en las entidades locales. *Contratación Administrativa Práctica*, 138, 1-8.
- Gallego Anabitarte, A. (2001). *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*. Madrid: Marcial Pons.
- Gallego Córcoles, I. (2015). El fraccionamiento del contrato y la división en lotes. *Contratación Administrativa Práctica*, 138.
- Garcés Sanagustín, M. (2018). Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista Española de Control Externo*, 60, 99-116.
- García García, M.^a Á. (2016). Fraccionamiento de contratos públicos en beneficio de los órganos de decisión. *Actualidad Administrativa*, 5.
- Gavilán López, J. (2023). Los últimos problemas prácticos del contrato menor. *Revista General de Derecho Administrativo*, 62.

- Gimeno Feliú, J. M.^a (2020). 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*, 52, 12-103.
- Halonen, K.-M. (2017). *Characteristics of Separate Operational Units – A Study on Aggregation Rules under Public Procurement Rules*. Stockholm: Konkurrensverket, Swedish Competition Authority.
- Larrea Villarroya, F. e Iribarren Hernáiz, J. (2019). Contrato menor y necesidades recurrentes: una tensión legal no resuelta. *OBCP*.
- Magarzo Fernández, L. (2020). Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico. *CEFLegal*, 229, 81-108.
- Martínez Fernández, J. M. (2018). Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente. *El Consultor de los Ayuntamientos*, IV.
- Razquin Lizarraga, M. M.^a y Vázquez Matilla, J. (2017). *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Reisner, H. (2013). EUGH: Was vergaberechtliche zusammen gehört, darf der Auftraggeber nicht trennen. *Zeitschrift für Vergaberecht*, 5.
- Rodríguez Castaño, A. R. (2018). Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos con objeto múltiple. Contrato mixto. En I. Gallego Córcoles y E. Gamero Casado (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público* (tomo I, pp. 715-751). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez de Santiago, J. M.^a (2016). *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Martín-Retortillo, M.^a del C. (2017). Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 21, 192-228.
- Rojas Guerrero, R. (2007). El fraccionamiento del objeto en los contratos administrativos. *Diario La Ley*, 2214, 1877-1881.
- Sánchez-Cervera de los Santos, L. y Pascual Echalecu, J. C. (2011). El fraccionamiento del objeto del contrato de servicios y actuaciones revisoras administrativas posteriores. *Revista de Estudios Locales. Cunal*, 140, 54-59.
- Soler Mifsud, E. (2017). El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato. *Auditoría Pública*, 70, 109-114.

Vázquez Fernández, B. (2020). Capítulo III. Sobre la necesidad de una interpretación unánime y un uso eficiente del contrato menor. En J. Pintos Santiago (dir.), *Todo sobre el contrato menor*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

Vázquez Garranzo, J. (2018). Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato. *Revista Española de Control Externo*, 60, 137-187.

Vázquez Matilla, F. J. (2018). El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP. *Contratación Administrativa Práctica*, 158.

Los procedimientos de reacción frente a la contratación menor irregular y los efectos de la invalidez del contrato menor

BEGOÑA SESMA SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Oviedo.

Presidenta del Consejo Consultivo del Principado de Asturias¹

1. Contratación menor irregular: supuestos de nulidad radical y supuestos de anulabilidad

2. Cauces para depurar la contratación menor irregular

- 2.1. La reclamación judicial de pago del contratista con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración
- 2.2. El reconocimiento extrajudicial de la obligación y la convalidación de actos contractuales anulables
- 2.3. La revisión de oficio de la contratación menor irregular
- 2.4. La responsabilidad patrimonial exigida a la Administración por haber incurrido en una irregularidad contractual
- 2.5. La responsabilidad contractual ex artículo 191 LCSP

3. Consideraciones finales

4. Bibliografía

Resumen

La depuración de la contratación menor irregular puede realizarse a través de distintos cauces cuyo régimen jurídico (causas, procedimiento, plazos) y efectos económicos difieren notablemente, y sobre los que existe una amplia disparidad de criterios doctrinales, consultivos y jurisprudenciales. El trabajo analiza las vías de la reclamación judi-

Artículo recibido el 23/06/2023; aceptado el 27/06/2023.

1. Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivas de la autora y no del órgano consultivo al que representa.

cial de pago con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto, el reconocimiento extrajudicial de la obligación y la convalidación de gastos anulables, la revisión de oficio de la contratación menor nula de pleno derecho, la responsabilidad patrimonial y la contractual, así como los respectivos efectos derivados de la invalidez del contrato menor.

Palabras clave: *contrato menor; contratación irregular; invalidez; regularización; procedimientos; efectos.*

Proceedings against irregular small contracts and the effects of the nullity of the small contract

Abstract

The battle against irregular small contracts can be carried out through different channels whose legal framework (causes, procedure, deadlines) and economic effects differ notably and respond to different criteria. The article analyzes the legal claims for payment based on the prohibition of unjust enrichment, the extrajudicial recognition of the obligation and the validation of annulable expenses, the ex officio review of minor contracts that are null and void, the patrimonial and contractual liability as well as the respective effects derived from the nullity of the minor contract.

Keywords: *small contract; irregular public procurement; nullity; regularization; proceedings; effects.*

1

Contratación menor irregular: supuestos de nulidad radical y supuestos de anulabilidad

Con carácter general es notorio que la contratación pública tiene un marcado carácter formal, sometida a requisitos subjetivos, objetivos, temporales, documentales y rodeada de un rígido marco procedimental a fin de asegurar los principios esenciales que la rigen (artículo 1 LCSP), esencialmente concurrencia, igualdad, objetividad, transparencia y eficiencia. Sin embargo, con lamentable frecuencia, las Administraciones públicas contratan de forma irregular. La contratación verbal (el *contrato sin contrato*), las pró-

rogas irregulares, las modificaciones contractuales improcedentes (modificados anticipados o emergentes), la adjudicación sin crédito presupuestario, el fraccionamiento de contratos menores o la errónea utilización de procedimientos contractuales singulares (baste mencionar ciertos abusos del contrato de emergencia y de urgencia, así como de los negociados sin publicidad, abiertos simplificados y, últimamente, de los encargos a medios propios) son malas prácticas administrativas presentes en cualquiera de los niveles territoriales y ámbitos de la contratación pública². Que, como regla general, rara vez se depuran las responsabilidades (patrimoniales, disciplinarias, penales o contables) de quienes han cometido estas irregularidades, también es una lamentable evidencia³. Como lo es que, paradójicamente, tengan trascendencia penal muchas prácticas contractuales irregulares asociadas a la contratación menor, justamente la que menos formalidades y mayor flexibilidad presenta y a la que se refiere este trabajo⁴.

En el caso particular del contrato menor, desprovisto de un verdadero procedimiento de tramitación y adjudicación –en aras de la eficiencia administrativa de los procedimientos, dada la limitación de su cuantía y duración⁵, y liberado además de una fiscalización previa, las eventuales irregularidades que le afectan se refieren, principalmente, a los supuestos de fraccionamiento indebido, a la falta de crédito presupuestario y a los casos de contratación verbal carentes de una mínima formalización⁶. Fuera de estas situaciones, como consideración general se observa que la contratación menor irregular es reconducible, en muchos casos, a supuestos de mera anulabilidad y no de nulidad radical, lo cual condiciona significativamente los cauces disponibles para su regularización. En efecto, anticipando una de las conclusiones de este trabajo, a diferencia de otras modalidades contractuales, las causas de nulidad administrativa, al margen de los supuestos de

2. *Vid.* Valero Escribano (2015: 152), Aguado i Cudolà (2017: 225) y Díez Sastre (2018: 71).

3. A efectos contables, así lo señala Gómez Rincón (2019: 184).

4. Son numerosos los casos de condena penal asociados a la contratación menor irregular cuando ha existido un dolo acreditado en el abuso de esta figura, principalmente con relación a una cantidad significativa de contratos menores desprovistos de expediente contractual alguno o a casos de fraccionamientos reiterados. Al respecto, entre otros, *vid.* García García (2016: 1) y Soler Mifsud (2017), y, entre otros muchos pronunciamientos jurisdiccionales, las recientes SSTs 885/2021, de 17 de noviembre, y 396/2022, de 31 de enero.

5. *Vid.* Garcés Sanagustín (2018: 102, 104), y, en la misma línea, el Informe del Expediente 8/20, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

6. Sin duda alguna, el fraccionamiento indebido del contrato menor, en cuanto que constituye uno de los límites legales más relevantes de esta figura, también se convierte en una de las causas más habituales de su irregularidad y, por ende, de la corrupción administrativa asociada a esta figura. Así lo revelan determinadas fiscalizaciones de esta práctica, como el Informe 9/2009, de 15 de junio, sobre diversas cuestiones relativas al fraccionamiento de los contratos, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, o el Informe del Tribunal de Cuentas 1151/2016, de 27 de abril, de fiscalización de los contratos menores del INSS, ejercicio 2013. *Vid.*, por todos, Gallego Córcoles (2015: 76) y Gavilán López (2023: 1).

invalidez civil del contrato, de los actos de preparación y adjudicación de los contratos que se mencionan en el artículo 39 LCSP y, por remisión de su primer apartado, las que resulten de aplicación en virtud del artículo 47 LPAC, de interpretación restrictiva como exige la jurisprudencia por la excepcionalidad del cauce revisor, tienen un impacto mucho más limitado en el caso del contrato menor dada la flexibilidad de su régimen jurídico. Además, si la libre concurrencia como principio esencial de la contratación pública se atenúa considerablemente ante una figura cuya esencia es, precisamente, la adjudicación directa –sin perjuicio de la necesaria motivación en la selección del contratista⁷–, siendo la regla general la anulabilidad de los actos administrativos, este debe ser el contexto en el que deben desenvolverse las vías de regularización de la contratación menor irregular.

En efecto, el expediente de contratación preceptivo (artículo 116 LCSP) se limita, en el caso de los contratos menores (artículo 118 LCSP), a los siguientes trámites: (1) un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato (lo que incluye justificar la competencia del órgano de contratación, identificar el objeto del contrato, motivar la necesidad del contrato y de la utilización de un contrato menor, identificación del adjudicatario y justificación de su elección, indicación de la aplicación presupuestaria y de la forma de certificación de la prestación o su recepción); (2) una referencia, en dicho informe, además, a “que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales” económicos que se fijan en dicho precepto⁸; (3) la aprobación del gasto (lo que lleva implícita una reserva de crédito) y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y (4) en el caso de los contratos menores de obras, la incorporación del presupuesto de las obras, cuando sea preceptivo, el correspondiente proyecto y el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 LCSP cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra. A ello hay que añadir –al margen de la obligación anual de comunicación de los contratos menores (excepto los de cuantía inferior a 5000 €) al Registro de Contratos y al Tribunal de Cuentas (arts. 335 y 346.3 LCSP), requisito que no afectaría a la validez del contrato menor– la exigencia de que, según criterio de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, también en los contratos menores es preceptivo

7. *Vid.* González de Zárate Lorente (2022: 240).

8. Ni el informe de necesidad de la contratación ni el referido al fraccionamiento son necesarios cuando el pago del contrato menor se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5000 euros (artículo 118.5 LCSP). Al respecto, *vid.* la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la OIReScon, sobre “Contratos menores, regulación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Interpretación vinculante del artículo 118” y, sobre el contenido de la misma, Martínez Fernández (2019: 1) y Lamela Cabrera (2019: 313). Con alcance más amplio y general, *vid.*, por todos, Pintos Santiago (2019).

el informe jurídico del secretario exigido para la aprobación de los expedientes de contratación (disposición adicional tercera.8 LCSP)⁹, aunque se trata de una formalidad cuestionada y que algunas juntas consultivas de contratación administrativa han equiparado al visado o nota de conformidad de la secretaría municipal o de quien ejerza las funciones de asesoría jurídica en el municipio¹⁰. No cabe obviar, además, que son varias entidades locales –al igual que han hecho otras comunidades autónomas– las que se han autoimpuesto formalidades adicionales con relación a su contratación menor¹¹, y que el propio legislador, en situaciones tan excepcionales como la pandemia del COVID-19, ha flexibilizado, por el contrario, los requisitos de adjudicación de los contratos menores¹².

Tales formalidades, mínimas en todo caso si se comparan con las exigidas en el resto de contratos, para conformar el “expediente” de un contrato menor, dificultan la apreciación de la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) LPAC referida a “los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. De un lado es notorio que, tratándose de contratos menores inferiores a 5000 euros, solamente resulta exigible la formalidad “contable” referida a la “aprobación del gasto”, trámite interno que, a mi juicio, no alcanza la entidad suficiente para calificarse de un *procedimiento* autónomo o de *trámite esencial* cuya omisión sería tipificable como causa de invalidez radical. Y para el resto de contratos menores superiores a este importe, a mi juicio, solo la ausencia de motivación de la no infracción del fraccionamiento¹³, la contratación verbal recurrente, la utilización de un contrato menor para prorrogar indebidamente

9. Vid. Informe 21/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, cuando señala, respecto del contenido del artículo 118 LCSP, que “la Disposición adicional tercera, que regula las especialidades de la contratación de las Entidades Locales añade un requisito más, que el Secretario de la Corporación emita un informe con el que ofrezca una perspectiva jurídica de la correcta tramitación del expediente de contratación, como acto previo necesario para que se pueda proceder a aprobar el expediente del contrato. Este informe, conforme a la LCSP, tiene carácter preceptivo, por lo que no puede ser preterido del procedimiento”. Crítico con esta exigencia, no prevista expresamente en el artículo 118 LCSP, se manifiesta Gavilán López (2023: 7).

10. Vid. Informe 7/2019, de 3 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña.

11. Así, entre otros, el Decreto de 27 de diciembre de 2019 de la Delegada del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, por el que se aprueba la Instrucción 2/2019 sobre los contratos menores en el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.

12. Vid. Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, y, al respecto, Villanueva Cuevas (2020: 1).

13. Requisito, en sí mismo, complejo de interpretar, dada la indeterminación de conceptos como el “valor estimado”, la “unidad funcional” o el propio “objeto del contrato”. En relación con el fraccionamiento son especialmente relevantes la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de la OReScon, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) 14/20, y el Informe 86/18 del mismo órgano. Al respecto, vid. el trabajo precedente de Díez Sastre en esta misma revista, y, entre otros, los dictámenes 929/2016 y 506/2017 del Consejo de Estado.

(de forma verbal y continuada) un contrato agotado, así como la ausencia de presupuesto, proyecto e informe de supervisión en los casos de contratos menores de obras, podrían erigirse, con la debida cautela, en causas de invalidez radical del contrato menor acudiendo a dicho precepto¹⁴.

Ciertamente, quizás por exigencias del derecho europeo y con el objetivo de reducir la discrecionalidad en la contratación menor y asegurar una mínima concurrencia, los órganos de control externo, principalmente, han reclamado algunas formalidades adicionales a los contratos menores (como la petición de tres ofertas, el refuerzo de la motivación de la necesidad del contrato y de la justificación del no fraccionamiento, o la comprobación de la idoneidad del contratista), pero a mi juicio, desde la perspectiva de la interpretación restrictiva que procede en un procedimiento de revisión excepcional como es la revisión de oficio, a los efectos de apreciar la nulidad de pleno derecho, el marco procedimental, exiguo y limitado, de la contratación menor se reduce a la acreditación de los extremos que expresamente acota el artículo 118 LCSP, que no alcanzan, en muchos casos, la entidad suficiente para incurrir en una infracción manifiesta, notoria, clara y patente de un procedimiento legalmente establecido que –insisto–, en el caso de la contratación menor, no existe, en cuanto que lo previsto legalmente –al margen de formalidades adicionales autoexigidas internamente por vía reglamentaria o a través de instrucciones– se reduce y limita a un expediente de contratación que debe incluir, motivadamente, solo ciertos extremos.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo que se indicará más adelante con relación a la ausencia de crédito presupuestario, el resto de causas tipificadas en el artículo 39 LCSP no encajan con los contratos menores y, por tanto, difícilmente pueden erigirse en motivo para declarar su nulidad radical. Así, en el ámbito de la publicidad de la contratación menor, dado que, de conformidad con lo previsto en el artículo 63.4 LCSP, la misma se limita a una publicidad trimestral que contenga su objeto, duración, importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario¹⁵, es difícil que concurra la causa de nulidad del artículo 39.2.c) LCSP, que únicamente la vincula a la “falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares

14. *Vid.* dictámenes del Consejo de Estado 378/2016, 1312/2015, 1313/2015, 843/2017, 606/2020 y 706/2021, entre otros. También son varios los expedientes referidos a la contratación menor irregular que ha conocido el Consejo Consultivo del Principado de Asturias; entre ellos, *vid.* dictámenes 53/2019, 180/2020, 121/2021, 7/2022 (referido a una contratación menor de obras) y 302/2022.

15. Al respecto, *vid.* la Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la JCCPE.

de las Comunidades Autónomas, en el ‘Diario Oficial de la Unión Europea’ o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135”. Es obvio que si el contrato menor lleva implícita la adjudicación directa, la publicidad de la licitación a los efectos de garantizar la concurrencia tiene un alcance limitado sin perjuicio de que, a mi juicio, por cualquier medio, resulte recomendable en todo caso algún tipo de publicación de la contratación a efectos de recabar el interés de posibles contratistas, como de hecho se prevé en algunas instrucciones y órdenes autoimpuestas por las propias Administraciones dentro de su ámbito territorial. Lo mismo sucede con las causas tipificadas en las letras d) (inobservancia del plazo para la formalización del contrato), e) (formalización de un contrato suspendido e impugnado ante el tribunal de recursos contractuales), f) (incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco o los específicos basados en un sistema dinámico de adquisición), g) (incumplimiento grave de las normas de derecho de la Unión Europea declarado por el TJUE) o h) (falta de mención de determinados contenidos en los pliegos). En definitiva, es evidente que, dada la flexibilidad formal que implica la contratación menor (sin pliegos y sin licitación pública), es difícil la concurrencia de estas causas de nulidad de pleno derecho.

Ahora bien, ante una contratación menor irregular lo procedente, en aras de asegurar el respeto a la normativa que rige la contratación pública, es su regularización. Y lo que sucede es que las vías para ello están condicionadas, a mi juicio, por la naturaleza del vicio cometido. A pesar de que hoy en día se aboga, por múltiples motivos y razones –que comparto–, por una superación de la diferenciación entre las causas de nulidad radical y de anulabilidad¹⁶, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico las contempla y ofrece distintos mecanismos para su depuración. En el caso de la contratación menor irregular, los problemas se plantean no tanto cuando la irregularidad constituye un supuesto de anulabilidad sino, principalmente, cuando la calificación de la deficiencia cometida se aproxima a alguna de las causas de nulidad radical. En particular, la controversia se plantea especialmente con los casos de fraccionamiento indebido, falta de consignación presupuestaria y contratación verbal. Ante estos vicios, cuando alcanzan la gravedad suficiente y concurren simultáneamente no cabe la convalidación, pero existen diversas vías para regularizar la contratación irregular o, al menos, para articular sus efectos. A todas ellas nos referimos seguidamente.

16. Vid., por todos, Cano Campos (2017: 1).

2

Cauces para depurar la contratación menor irregular

Con carácter general, los cauces que permiten regularizar la contratación irregular, en mi opinión, pueden reconducirse a los siguientes: (2.1) la reclamación judicial de pago del contratista con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración; (2.2) el reconocimiento extrajudicial de la obligación y la convalidación de gastos contractuales anulables; (2.3) la revisión de oficio de la contratación irregular nula de pleno derecho; (2.4) la responsabilidad patrimonial exigida a la Administración, bien como vía directa para reclamar a la Administración el importe debido derivado de una contratación irregular, bien como vía subsiguiente a su anulación cuando no se han liquidado los importes debidos, y (2.5) la responsabilidad contractual al amparo de lo previsto en el artículo 191.2 c) LCSP¹⁷. Evidentemente, tales vías son instrumentos que han de utilizarse de forma excepcional y en ningún modo generalizada para dar cobertura a contrataciones irregulares puesto que, de otro modo, se propiciaría la vulneración de los principios y reglas esenciales de la contratación pública¹⁸. Esto es, el objetivo ha de ser la contratación plenamente regular y no la depuración ordinaria de la irregular.

Sin perjuicio de que hagamos referencia a todos ellos, en el caso de la contratación menor irregular varios de estos procedimientos resultan “desproporcionados”, de ahí que, en la práctica, los más idóneos para depurar la invalidez de los contratos menores sean la revisión de oficio (cuando el contrato menor claramente contraviene la prohibición de fraccionamiento, por ejemplo), el reconocimiento extrajudicial de la obligación (cuando falta de crédito presupuestario, resulta de imposible cobertura y no se justifica el contrato), la convalidación de la contratación menor anulable (cuando la contratación es verbal pero existe una justificación, aunque extemporánea, de la necesidad del contrato, y existe conformidad de la Administración con la prestación efectuada por el contratista y crédito para satisfacerla), y la responsabilidad contractual ex artículo 191.2.c) LCSP (en todos aquellos casos en los que se ha omitido alguna de las formalidades del contrato menor, pero no ofrece dudas el vínculo contractual entre la Administración y el contratista y existe una mínima formalización documental).

17. Dejamos al margen la eventual declaración de lesividad de los actos contractuales anulables porque es ciertamente atípica y en la práctica, además, ningún provecho obtendría la Administración de su anulación judicial, dada la obligación de satisfacer, en todo caso, y para evitar el supuesto enriquecimiento injusto, el coste de la prestación contractual.

18. *Vid.* Aguado i Cudolà (2017: 268).

2.1

La reclamación judicial de pago del contratista con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración

Cuando la Administración rechaza expresa o tácitamente el requerimiento de pago de las facturas presentadas por el contratista que ha prestado unos servicios, entregado unos suministros o ejecutado obras al amparo de una contratación irregular, este puede instar judicialmente el abono de su importe por la inactividad o silencio de aquella. Generalmente lo hará con fundamento en la prohibición del enriquecimiento injusto, aduciendo que ha cumplido su prestación a beneficio y satisfacción de la Administración y que no ha recibido el pago por ello, esto es, que se ha empobrecido en la misma medida en que la Administración se ha enriquecido “sin justa causa”¹⁹.

Es sabido que el Tribunal Supremo ha reconocido de forma reiterada la viabilidad de este principio en el ámbito jurídico público, “aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas”, y que, de forma constante, ha precisado sus requisitos, a saber: “en primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio”²⁰.

Pues bien, frente al carácter subsidiario y excepcional con que opera en el ámbito civil, sorprende que los tribunales hayan legitimado amplia y generosamente esta vía para pagar al contratista, eso sí, siempre que exista *constancia debida o suficiente* de la misma²¹, *conformidad* de la Administración con la prestación y con su importe (previa pericial judicial de las partes o judicial, si ofrecieran duda los importes), y no concurren otras causas, igualmente acreditadas, para rechazar el pago al contratista (*v. gr.*, que proceda la compensación de lo debido con la imposición de penalidades).

19. Por todos, *vid.* Rebollo Puig (2006: 7) y Cebrián y Pascual (2018).

20. *Vid.*, entre otras, SSTS de 11 de mayo de 2004, rec. 3554/1999, de 23 de diciembre de 2012, rec. 4143/2009, y de 12 de diciembre de 2012, rec. 5694/2010.

21. Los tribunales vienen rechazando el abono de prestaciones contractuales irregulares cuando no han sido debidamente acreditadas y concluyentes y no han tenido ningún tipo de conformidad, ni expresa ni tácita, por parte de la Administración. Entre muchas, SAN de 23 de febrero de 2022, rec. 115/2021.

Salvo el inconveniente, no menor, para todo contratista de “caer en desgracia” en futuras licitaciones por demandar a la Administración en sede jurisdiccional, así como el coste de los gastos procesales de la impugnación y el tiempo empleado en su resolución, la reclamación judicial del pago ofrece indudables ventajas. Para empezar, el éxito parece asegurado pues en la generalidad de los casos habrá evidencias suficientes de que el contratista ha realizado la prestación (ejecutado la obra, entregado el suministro o prestado el servicio), y de que lo ha hecho con el conocimiento y la conformidad de la Administración, salvo que exista discrepancia sobre los importes facturados. Por este cauce el derecho al cobro usualmente se reconoce de forma íntegra y al margen de una eventual invalidez subyacente. Es más, aunque la sentencia evidencie una manifiesta contratación irregular, a diferencia de lo que sucede cuando se acude a otros mecanismos de depuración de la contratación irregular (como la revisión de oficio), los tribunales rara vez descuentan el beneficio industrial ni otros gastos generales controvertidos. Y no es infrecuente, además, que reconozcan algún tipo de interés al contratista y, de paso, condenen en costas a la Administración²².

En efecto, cuando se judicializa la reclamación de abono generalmente no se depura en vía jurisdiccional si ha existido o no contratación irregular, ni qué tipo de irregularidad se ha cometido (nulidad de pleno derecho, anulabilidad o simple irregularidad no invalidante). Los órganos jurisdiccionales se limitan a resolver la pretensión de los contratistas, esto es, a declarar si tienen derecho al abono de una prestación contractual acreditada pero impagada, al margen de una presumible invalidez. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, ante el reconocimiento de crédito a favor de un contratista al que se adjudicó una obra sin procedimiento y sin crédito, reconoce expresamente que “sí son nulos de pleno derecho los contratos que están en el origen del proceso, de modo que en ningún momento (se) establece que en ellos tenga su origen la legalidad de las deudas reconocidas, sino que esta la basa directamente en el hecho por nadie negado de que las obras a las que se refieren los reconocimientos han sido efectivamente realizadas por lo que si no fueran satisfechas por el ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto”²³.

Pues bien, a mi juicio, no debiera emplearse este cauce como forma ordinaria de abonar una prestación que deriva de una “causa contractual”, pues en la contratación irregular se genera un enriquecimiento irregular,

22. *Vid.*, entre otras, STSJ Baleares de 26 de mayo de 2011, rec. 448/2009, y SSTSJ Asturias de 17 de enero de 2023, rec. 405/2022, y de 30 de enero de 2023, rec. 31/2022.

23. *Vid.*, entre otras muchas, SSTS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 8331) y de 28 de abril de 2008 (1660/2008).

pero no *injusto*, en cuanto que responde a un vínculo contractual²⁴. Además, la doctrina del enriquecimiento injusto tiene difícil articulación cuando existen dudas razonables acerca del contenido y alcance de la obligación contractual contraída (por ejemplo, porque se trata de una contratación verbal y no existe constancia alguna de los términos y condiciones en los que se contrató irregularmente ni, por tanto, de la adecuación del precio). Prueba de ello es que el Tribunal Supremo tiene admitida la importante cuestión casacional de “determinar si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios en los que no está permitida la contratación verbal” (ATS de 3 de febrero de 2022, rec. 6316/2020)²⁵. También el devengo de intereses de demora cuando se ha utilizado esta vía resulta problemático, esto es, si cabe satisfacerlos desde que se ejecutó la prestación contractual, desde que se efectuó la reclamación administrativa o desde que se reconoció la obligación y el crédito por sentencia²⁶. A mi juicio, dado que en estos supuestos no se ha despejado si el importe debido al contratista deriva de una contratación irregular o no (ni qué tipo de irregularidad se ha cometido), y, por tanto, no puede determinarse si el importe a satisfacer puede calificarse de indemnización o de precio²⁷, habría que diferenciar dos situaciones: (1) cuando no exista duda de la validez contractual en la reclamación de abono del contratista, habrán de abonarse los intereses de demora desde el transcurso de 30 días siguientes desde el registro de la factura, habiendo declarado el Tribunal Supremo (rectificando su propia doctrina y en aplicación de la STJUE de 20 de diciembre de 2022) que el IVA debe incluirse en la base de cálculo de los intereses de demora, sin que para que proceda su pago sea exigible al contratista que haya realizado efectivamente el ingreso en la Hacienda pública (SSTS de 5 de diciembre de 2022, rec. 55563/2020, y de 14 de diciembre de 2022, rec. 1657/2022).

En cambio, cuando en sede jurisdiccional se advierta que el pago reclamado deriva de una contratación irregular (ya sea nula o anulable), en cuanto que el artículo 198 LCSP asocia el devengo de intereses de demora a un contrato válido, entiendo que hasta que no se determine y declare el derecho del contratista a su cobro y, por tanto, se reconozca

24. Vid. Rebollo Puig (2006: 13) y Ordóñez Solís (2020: 107).

25. La casuística y disparidad de criterios es enorme. En las SSTSJAndalucía (Sevilla) de 22 de febrero de 2019 y de 8 de abril de 2019, en un supuesto de prórroga irregular de conciertos sanitarios, se confirma la procedencia de pagar intereses de demora respecto de los precios estimados (previa pericial judicial), sin descuento de beneficio industrial, por los servicios prestados sin cobertura contractual.

26. Al respecto, *vid.* SAN de 9 de julio de 2021; STS de 28 de mayo de 2020, rec. 5223/2018; STSJMadrid de 18 de mayo de 2018, rec. 1071/2017; ATS de 20 de octubre de 2022, rec. 6295/2021, y STSJAsturias de 27 de julio de 2022, rec. 33/2022.

27. Al respecto, *vid.* STS de 13 de junio de 2022, rec. 722/2022.

el pago de una obligación económica, solamente procedería abonar al contratista *intereses de demora* a partir de los 30 días siguientes al día de la notificación de la resolución judicial que implica el reconocimiento de la obligación económica de derecho público, dada la aplicación de la normativa de contratación pública (a la que remite el artículo 24 de la LGP). En mi opinión, mientras no exista un reconocimiento en firme de la obligación de pago –y en las contrataciones irregulares no se produce hasta que así lo reconoce una sentencia o una resolución administrativa que procede a la liquidación subsiguiente a la anulación de la contratación irregular, o a su convalidación o reconocimiento–, no cabe admitir que estemos ante una obligación “contractual” vencida, líquida y exigible apta o idónea para devengar intereses de demora.

Por lo demás, este cauce se desenvuelve en un contexto procedimental sencillo: planteado el recurso contra la inactividad o silencio de la Administración (art. 29 LJCA), en aplicación de lo previsto en el artículo 25.1 de la LGP, el contratista dispone de un plazo de cuatro años de prescripción para que se le reconozca su obligación económica, a contar desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación (y presuntamente presentó la factura por registro), o desde el día en que el derecho al reconocimiento pudo ejercitarse²⁸. Transcurrido este plazo sin haber perseguido su reconocimiento y abono, la Administración estaría preceptivamente obligada a declarar la prescripción y dar de baja la obligación.

Se trata, en todo caso, de una vía escasamente empleada en el ámbito de la contratación menor en la que, dados sus límites cuantitativos, su impugnación judicial puede resultar más costosa que la propia contratación. De hecho, precisamente porque estamos en muchos supuestos ante facturas derivadas de contratación menor de escasa cuantía, cuando su volumen total resulta significativo y puede comprometer la estabilidad presupuestaria de la entidad local, se han puesto en marcha los mecanismos de pago a proveedores que, en muchos casos, sirven a los mismos fines, esto es, amparar económicamente obligaciones contractuales menores contraídas con algún tipo de irregularidad subyacente²⁹.

28. Vid. Rebollo Puig (2006: 14).

29. Vid., al respecto, el “Extracto del Acuerdo adoptado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos el 6 de febrero de 2023, relativo al procedimiento y la asignación para 2023 de los importes correspondientes al compartimento Fondo de Ordenación, del Fondo de Financiación a entidades locales, para atender las obligaciones pendientes de pago a proveedores de determinadas entidades locales, y se fijan las condiciones financieras aplicables en las operaciones de crédito que se formalicen, y, en su caso, en las retenciones de la participación en tributos del Estado”, disponible en Extracto ACDGAE 06-02-23-FFEELL-Pago a proveedores (hacienda.gob.es).

2.2

El reconocimiento extrajudicial de la obligación y la convalidación de actos contractuales anulables

Generalmente a raíz de una fiscalización interna, la Administración tiene conocimiento de una irregularidad contractual cometida en la que asume que debe un importe a un contratista, pero que el vínculo contractual no se ha contraído regularmente. En este escenario, consciente de su “enriquecimiento injusto” si no abona la factura, tiene a su alcance dos expedientes similares que le permiten regularizar la contratación irregular de forma ágil, rápida y, además, “opaca”, al amparo de dos mecanismos (acaso, simples trámites) que no siempre trascienden *ad extra*³⁰: el reconocimiento extrajudicial de la obligación, conocido en el ámbito local como reconocimiento extrajudicial de crédito (REC), o, simplemente, la convalidación de los actos contractuales anulables.

En efecto, uno de los mecanismos más utilizados por las Administraciones públicas (locales, principalmente) para depurar las contrataciones irregulares es acudir al mecanismo presupuestario del reconocimiento extrajudicial de créditos. Son muchos y valiosos los estudios sobre esta figura que, además, han proliferado en los últimos años a partir de la fiscalización externa de esta práctica por el Tribunal de Cuentas³¹ y los OCEX, advirtiendo del “abuso” de esta vía, huérfana de una adecuada regulación, para *convalidar* diversos incumplimientos que entrañan obligaciones económicas, y entre ellos, en particular, los vinculados a la contratación irregular³². Aunque originariamente, al menos por lo que se puede deducir de su regulación en el ámbito local (art. 33 del TRLRL, artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, y artículo 50.12 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), el reconocimiento extrajudicial de créditos

30. A salvo del deber de informar al Tribunal de Cuentas (y equivalentes autonómicos) de las resoluciones adoptadas contrarias a los reparos efectuados.

31. *Vid.* Informe 1415, de fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018, aprobado por el Pleno del TCu el 22 de diciembre de 2020. Similares informes han aprobado los distintos OCEX autonómicos (Madrid, Valencia, Asturias, Andalucía, entre otros). También sobre esta práctica, con un enfoque igualmente crítico, se ha pronunciado la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, en el documento *Recomendación General. La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?*, 2020, disponible en https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2021/02/Recomendacion_Enriquecimiento_Injusto.pdf.

32. Sobre esta práctica, *vid.*, en particular, Valero Escribano (2015), Prada y Herrero (2015), Pérez López (2019), Olea Romacho (2021) y Atance Aparicio (2020).

estaba concebido para pagar una obligación carente de crédito presupuestario (ya se tratara de un gasto de ejercicios anteriores o del ejercicio corriente), en la práctica su uso ya se ha generalizado para reconocer el pago de obligaciones viciadas por otras causas (omisión de la función interventora, irregularidades del procedimiento contractual que han sido objeto de reparos de legalidad suspensivos, gastos que no fueron debidamente comprometidos y que se imputan a nuevo presupuesto por esta vía, contrataciones verbales desprovistas de cualquier documentación formal...)³³.

Varias son las observaciones que merece este cauce de depuración de contrataciones irregulares:

1.ª- La primera es una cuestión controvertida y consiste en aclarar si este mecanismo es idóneo, válido o legítimo para “convalidar” gastos irregularmente contraídos y evitar el enriquecimiento injusto de la Administración o si, por el contrario, debe venir precedido de un procedimiento que declare la nulidad, convalide la anulabilidad de la contratación irregular o reconozca simplemente la obligación contractual.

A mi juicio, mientras la Ley no lo resuelva expresamente, entiendo que el reconocimiento extrajudicial de créditos no convalida, en ningún caso, ni depura, vicios de nulidad radical, de los tipificados en el ámbito contractual en los artículos 39 LCSP y, por remisión, en el artículo 47 LPAC. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, señalando que “la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad” (Dictamen 1724/2011). También el Tribunal de Cuentas, en el citado Informe 1415/2019, ha apreciado que la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos “no resulta admisible para convalidar actos nulos, debiendo tenerse en cuenta que en ningún caso subsana las irregularidades o vicios que fueran causa de nulidad [...] no convalida los actos nulos, en tanto, en ningún caso, subsana per se las irregularidades o vicios que fueran la causa de nulidad ni depura las responsabilidades a que hubiera lugar”. Y en la misma línea se han pronunciado varios órganos jurisdiccionales³⁴.

33. Entre las conclusiones alcanzadas en dicho informe, el Tribunal de Cuentas advirtió que “[d]el análisis efectuado sobre 798 expedientes de reconocimiento extrajudicial de crédito –aprobados por un total de 410 entidades y conformados por un importe global de facturas de 264 millones de euros– ha resultado que en el 89% (235 millones de euros) concurren circunstancias por las que el acto administrativo que les dio origen podría derivar en nulidad de pleno derecho” y que “De las obligaciones adquiridas sin conformidad con el ordenamiento jurídico y tramitadas a través de expedientes extrajudiciales, el 90% de ellas (211 millones de euros) lo fue como consecuencia de carecer de contrato o de no disponer de crédito suficiente y adecuado, o bien, por ambas circunstancias a la vez, correspondiendo el 56% a gastos de servicios y el 26% a gastos en suministro”.

34. Así, entre otras muchas, las sentencias del Juzgado Contencioso-Administrativo de Oviedo de 12 de junio de 2017 (401/2016), y de 20 de octubre de 2017 del Juzgado Contencio-

No obstante, debe advertirse que también existen pronunciamientos jurisdiccionales que mantienen una posición favorable a la idoneidad del reconocimiento extrajudicial de créditos, sin necesidad de revisar o convalidar previamente las irregularidades subyacentes³⁵, y posturas doctrinales especialmente críticas con la tesis que exige acudir, de forma preceptiva, a una vía excepcional como es la revisión de oficio para depurar contrataciones irregulares. Razones de eficacia procedimental y mayor idoneidad de la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos para los intereses de la Administración y del contratista para dar satisfacción al principio de enriquecimiento injusto son los principales fundamentos que se esgrimen para apostar por esta vía³⁶.

Idénticas reservas suscita también acudir a otro mecanismo análogo al reconocimiento extrajudicial de créditos como es la convalidación de gasto vinculada al levantamiento de reparos de legalidad (artículo 156 LGP, artículo 32 del RD 2188/1995, de 28 de diciembre, y, en el ámbito local, artículo 28 del RD 424/2017, de 28 de abril) cuando estamos ante supuestos de nulidad radical pues, como ha señalado la Audiencia Nacional, la convalidación de gastos "debe tener carácter excepcionalísimo, para casos puntuales, no concebirse como un modo habitual de actuación al margen del procedimiento legal contractual. En la práctica, sin embargo, se viene utilizando como si de un procedimiento ordinario se tratara, tramitando como convalidaciones de gastos, o de reconocimiento extrajudicial de créditos, propuestas de acuerdos de regularización de gastos en contrataciones irregulares, exista o no dotación presupuestaria"³⁷.

En mi opinión, ante una causa de nulidad radical el ordenamiento prescribe preceptivamente la depuración de ese vicio a través del procedimiento de revisión de oficio (artículos 39 LCSP y, por remisión, 47 LPAC), y, si es de anulabilidad, habilita un expediente de convalidación o subsanación (artículos 40 LCSP

so-Administrativo de Tarragona (rec. 307/2016), coinciden en señalar que, cuando una actuación municipal está viciada de nulidad de pleno derecho, en cuanto a la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, no cabe otra opción que seguir la primera, no siendo procedente acudir al mecanismo del reconocimiento extrajudicial invocando el principio de enriquecimiento injusto.

Partidarios de la revisión de oficio previa al reconocimiento extrajudicial cuando concurren las causas de nulidad radical, se han manifestado, entre otros, Valero Escribano (2015), Moreo Marroig (2015) y Pérez López (2019).

35. Así, a favor de la legitimidad de los acuerdos plenarios de reconocimiento extrajudicial de créditos en determinados supuestos, como, por ejemplo, pagos a proveedores de mínimas cuantías, *vid.*, entre otras, las SSAN de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016, y de 17 de enero de 2020, rec. 61/2019, y la STSJAndalucía de 27 de junio de 2019, rec. 422/2018.

36. *Vid.* Chaves García (2021), quien considera, muy gráficamente, que "imponer la previa e inexcusable tramitación de un expediente de revisión de oficio por cada acto nulo de pleno derecho es, en expresión de Georg Jellinek, 'matar pájaros a cañonazos' y, añadimos, además solo sirve para gastar munición y fallar el tiro o herir a inocentes".

37. *Vid.* SAN de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016.

y, por remisión, 48 LPAC), que puede hacerse a través de un reconocimiento extrajudicial de créditos, una convalidación del gasto o un reconocimiento de responsabilidad contractual (artículo 191.2.c] LCSP). En estos supuestos, referidos a infracciones generales del ordenamiento jurídico y, en particular, a los supuestos de anulabilidad que expresamente contempla el artículo 40 LCSP, advertida la irregularidad será procedente, en primer lugar, formular un reparo suspensivo, y, de seguido, subsanar las deficiencias observadas procediendo a la convalidación de la misma en los términos previstos, de una parte, en el artículo 12 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, y, de otra, en el artículo 52 de la LPAC, que, previa subsanación de la irregularidad, exige un “acto de convalidación” que tendrá efecto desde su fecha, salvo que opere la retroactividad del artículo 39.3 LPAC (“cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”). Nada impide, por otra parte, a mi juicio, que si el legislador así lo habilita expresamente (como han hecho Baleares y Cantabria o han previsto algunas entidades locales a través de instrucciones o cautelas recogidas en las bases de ejecución de los presupuestos municipales) pueda establecerse un procedimiento excepcional de reconocimiento de obligaciones irregularmente contraídas que sirva a los efectos de su regularización, siempre que se trate de vicios de anulabilidad. Pero en la actualidad, a tenor de las distintas normas en conflicto aplicables, considero que el reconocimiento extrajudicial y la convalidación de gastos solo habilitan el abono de una prestación irregularmente contraída previa revisión de oficio, subsanación o convalidación de la anulabilidad o reconocimiento de una responsabilidad contractual.

Partiendo de estas consideraciones, entiendo que el reconocimiento extrajudicial de la obligación o crédito contractual puede resultar idóneo para regularizar la ausencia de crédito presupuestario, cuando esta opera como causa única o autónoma de invalidez y existen posibilidades de resolver la insuficiencia presupuestaria mediante otras vías previstas legalmente. Hace ya tiempo he considerado que la nulidad radical de los gastos sin crédito presupuestario constituye una causa de invalidez más aparente que real, carente de justificación en cuanto que la cobertura presupuestaria es un requisito de eficacia y exigibilidad de las obligaciones económicas contraídas, pero la previsión presupuestaria no se contempla como fuente (general) de nacimiento de las mismas³⁸. Se trata además de una causa de inva-

38. Vid. Sesma Sánchez (1999) y, en la misma línea, García Luengo (2002: 138).

lidez radical que permite oponer al tercero (contratista) un vicio netamente causado y (solo) conocido por la Administración, y por ello, en mi opinión, a pesar de que el artículo 39.2.b) de la LCSP tipifica como causa de nulidad contractual “[l]a carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia” creo que, en rigor y en la interpretación restrictiva que procede hacer de las causas de nulidad radical, no toda ausencia o insuficiencia de crédito presupuestario es causa de nulidad contractual. Únicamente si la falta de cobertura presupuestaria es originaria y manifiesta³⁹, no se puede acreditar la necesidad o justificación del gasto contractual y no existen otras posibilidades de habilitación presupuestaria, sería *consecuente* declarar la nulidad radical por este motivo. Pero fuera de estos casos, cuando no concurre ninguna otra causa de nulidad radical (por ejemplo, no hay infracción manifiesta de la prohibición de fraccionamiento o no se han incumplido todas las exigencias formales cualificadas de los contratos menores de obras) y cabe la dotación presupuestaria por otras vías (transferencias de créditos, imputaciones a ejercicios posteriores, créditos extraordinarios y suplementos de crédito, imputaciones al fondo de contingencia o dotaciones *ad hoc* como los mecanismos de pagos a proveedores), la nulidad de pleno derecho de un contrato menor por insuficiencia de crédito presupuestario debiera *reconsiderarse* como una causa de anulabilidad o de “relativa nulidad”⁴⁰.

También es útil, en mi opinión, el reconocimiento extrajudicial de créditos cuando se ha omitido la función interventora pero no concurre ningún vicio de nulidad radical manifiesta de la contratación porque, en estos supuestos, si el propio órgano de control subsana o convalida con su informe los defectos (aceptando la justificación tardía de la necesidad del contrato y de la no infracción del fraccionamiento del órgano de contratación), ninguna necesidad hay de regularizar este vicio por el cauce excepcional de la revisión de oficio. No puede obviarse que, además, la (simple) omisión de la función interventora no está tipificada como una causa de nulidad radical en el artículo 39 de la LCSP, y que, en el caso particular de los contratos menores, están exentos de fiscalización previa en aplicación de lo previsto en el artículo 219 TRLRHL y en el artículo 17.a) del Real Decreto 424/2017, de 28 de

39. Vid. STS de 14 de mayo de 1999.

40. Que no toda falta de crédito presupuestario puede calificarse de nulidad de pleno derecho cuando, a través de distintos mecanismos presupuestarios, se habilita esa dotación, y que, por tanto, no es necesario acudir indefectiblemente a la revisión de oficio en estos supuestos, también es opinión de Vicente González (2005), Carretero Espinosa de los Monteros (2015) y Olea Romacho (2021), entre otros.

abril, por el que se regula el régimen de control interno de las entidades del sector público local⁴¹. Esto es, dado que la fiscalización interna de los contratos menores opera en el momento del reconocimiento de la obligación, es en esta fase cuando eventualmente el órgano de control podrá apreciar la entidad de las irregularidades cometidas en la contratación menor a los efectos de ponderar si procede el reconocimiento del crédito contractual, la convalidación de los incumplimientos omitidos o, en casos especialmente graves, la revisión de oficio.

Este es, a mi juicio, el parámetro en el que debe desenvolverse la interpretación del controvertido artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, cuando deja en manos del interventor la decisión de tramitar o no una revisión de oficio al concurrir infracciones del ordenamiento y omisión de la función interventora. La decisión a adoptar deberá ser, necesariamente, *ad casum*, y solo si las infracciones que afectan a la contratación menor alcanzan la entidad suficiente para considerarse de nulidad radical y no de mera anulabilidad, será procedente la previa tramitación de un procedimiento de revisión de oficio⁴².

2.ª- La segunda observación que procede realizar es que, refiriéndonos al reconocimiento extrajudicial de crédito, estamos ante un mecanismo huérfano de procedimiento cuya utilización se admite en la práctica de forma indiferenciada, esto es, ya se trate de reparar la omisión de la función interventora, la falta de crédito u otros incumplimientos, sean de nulidad radical o de anulabilidad⁴³. En el ámbito local, además, no está claro si la competencia para el reconocimiento extrajudicial corresponde al pleno (en aplicación de lo previsto en los artículos 23.1 TRRL y 60.2 RD 500/1990, parece clara esta competencia cuando no existe dotación presupuestaria) o si se trata de una competencia delegable y, por tanto, puede ser asumida por el presidente de la entidad local o por la junta de gobierno (por ejemplo, cuando existe dotación presupuestaria o se trata de otras infracciones “anulables” de procedimiento). Tampoco es pacífico si el propio acto de reconocimiento está sometido a algún tipo de fiscalización y si esta ha de ser plena o limitada, aunque, a mi juicio, es razonable que deba ser objeto de fiscalización plena, en cuanto se trata

41. Vid. Enríquez Mosquera (2020: 1).

42. La redacción de este precepto no ha sido, desde luego, afortunada, pues amén de sugerir una cierta discrecionalidad del interventor para apreciar o no la concurrencia de causas de nulidad radical, invoca razones de “economía procesal” y de “pertinencia” para instar dicha revisión “cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone”. vid. Pérez López (2019: 99, 100).

43. Vid. Atance Aparicio (2020: 122).

de informar (a efectos de convalidar) una irregularidad presupuestaria o procedimental. Esta insuficiente regulación determina que, en la esfera local, no sea infrecuente que, amén de reivindicarse su uso *excepcional*, en las bases de ejecución del presupuesto municipal o bien en una instrucción dictada *ad hoc* se articule algún tipo de pauta procedimental para aprobar los REC, exigiendo, por ejemplo, informes del órgano de contratación, del servicio jurídico y del interventor para proceder al reconocimiento (esta es, de hecho, la recomendación de algún organismo antifraude como la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana).

3.º- Como señalaba anteriormente, cumple una función similar al reconocimiento extrajudicial de créditos la convalidación de la omisión de la función interventora prevista para la esfera local en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, que regula el control interno local. En la medida en que el informe del interventor previsto para estos casos (que no es de fiscalización) debe evidenciar “las infracciones del ordenamiento jurídico que, a juicio del interventor, se hayan producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización o intervención previa”, así como “la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento”, la evacuación de este informe favorable a la convalidación o subsanación habilita el reconocimiento de la obligación económica subyacente y evidencia que estamos ante un cauce análogo al reconocimiento extrajudicial de créditos⁴⁴.

4.º- Por último, desde el punto de vista de los efectos económicos derivados de la utilización de los reconocimientos extrajudiciales de créditos y de las convalidaciones de gastos contractuales irregularmente contraídos cuando no concurre una causa de nulidad radical (en cuyo caso ya he señalado que considero preceptiva la previa tramitación de una revisión de oficio

44. Algunas CC AA han dado un paso más y han articulado un *procedimiento ad hoc* para eludir, en particular, la revisión de oficio de las contrataciones irregulares, habilitando un procedimiento para el reconocimiento de obligaciones irregularmente contraídas. Así, el artículo 21.bis de la Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria (introducido por la Ley de Cantabria 12/2020, de 28 de diciembre), bajo la denominación: “Obligaciones derivadas de supuestos de enriquecimiento injusto de la Administración”, ha articulado un procedimiento para “el caso de que se haya producido una actuación de un tercero sin título jurídico que le dé cobertura, que haya dado lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración y no exista un cauce legal para proceder al pago”. Por esta vía, a través de un examen escalonado del expediente por el órgano afectado por la actuación, la asesoría jurídica respectiva, la intervención delegada, el titular de la consejería afectada y el Consejo de Gobierno, el resultado final es una *convalidación* de la actuación irregular cometida, asumiendo la Administración su obligación de pagar al tercero (cuya buena fe debe acreditarse) con fundamento en la prohibición de enriquecimiento injusto. De este modo se permite, *legalmente*, soslayar la necesidad de revisar de oficio la actuación irregular (y, en el caso de Cantabria, eludir el Dictamen del Consejo de Estado). Al respecto, *vid.* Blanco Higuera (2021: 137).

en el contexto que expongo seguidamente), interesa destacar que *de facto*, por esta vía, la Administración abona al contratista el importe íntegro de la factura emitida, sin descuento alguno por beneficio industrial, gastos generales u otros conceptos⁴⁵.

Y, respecto de los intereses de demora, aunque es difícil conocer la intrahistoria de cada reconocimiento extrajudicial de crédito y expediente de convalidación de gastos a los efectos de saber si se han abonado o no los intereses, creo que debe mantenerse el criterio de que la contratación irregular hasta su regularización vía REC o vía convalidación no devenga intereses de demora hasta el transcurso de los 30 días siguientes al de su convalidación o reconocimiento. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo al declarar, en los supuestos de prórrogas irregulares de contratos de servicios, que “el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos de prestaciones realizadas a solicitud de la Administración una vez finalizada la duración del contrato de servicios, es el siguiente al transcurso de los treinta días a que se refiere el artículo 216.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a contar desde el siguiente a la convalidación del gasto” (STS de 28 de mayo de 2020, rec. 5223/2018)⁴⁶. Y en el caso de contratos de obras, recientemente ha admitido la cuestión casacional de determinar si en los supuestos derivados del artículo 243.6 de la LCSP “las obras no previstas en los proyectos de obras por la falta de aprobación de modificado en plazo por la Administración, siendo recibidas y ocupadas por la Administración, generan intereses de demora y, en caso afirmativo, se determine si el *dies a quo* para el cómputo corresponde al momento de la recepción de las obras ejecutadas fuera de proyecto, o cuando se emite el documento de reconocimiento del crédito para el pago de la deuda” (ATS de 20 de octubre de 2022, rec. 6295/2021)⁴⁷.

En definitiva, a mi juicio, el reconocimiento extrajudicial de créditos y el expediente de convalidación del gasto, cauces especialmente idóneos para regularizar la contratación menor irregular, precisan de una mejora regulatoria que acote sus causas (entre las cuales, como ya hemos señalado, cabe la insuficiencia de crédito presupuestario cuando se aprecia como única irregularidad, resulta acreditada la necesidad del gasto y existen posibilida-

45. A favor de abonar, por este cauce, el beneficio industrial, *vid.* Vicente González (2005).

46. Postura reiteradamente mantenida, entre otros, por la Audiencia Nacional (sentencia de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016) y por el TSJ de Madrid, *vid.* sentencia de 18 de mayo de 2018, rec. 256/2017.

47. Ciertamente la postura del TS no es pacífica en este punto; baste el examen comparado de las SSTs de 2 de julio de 2004 (rec. 2341/2000), 18 de febrero de 2009 (rec. 3525/2006), 23 de febrero de 2015 (rec. 88/2014) y 13 de junio de 2022 (rec. 5437/2020).

des de habilitar cobertura presupuestaria –o el gasto no excede de determinados límites cuantitativos–, así como en supuestos de omisión del informe de justificación de la contratación o, incluso, en casos muy excepcionales de contratación verbal cuando se acredita –aunque sea extemporáneamente– la necesidad del contrato, la no infracción del fraccionamiento, y existe cobertura presupuestaria para satisfacer el pago), sus trámites (lo que implica, a mi juicio, la necesidad de fijar un plazo máximo de inicio y duración para evitar que la demora en el reconocimiento extrajudicial o en la convalidación perjudique significativamente al contratista), los órganos competentes para autorizarlos y sus efectos económicos (especialmente con relación al devengo de intereses). En fin, resultaría positivo, a mi juicio, que los expedientes de reconocimiento extrajudicial de créditos (que debieran reservarse a supuestos de insuficiencia de crédito) se asimilaran al procedimiento de convalidación de la omisión de la función interventora⁴⁸.

2.3

La revisión de oficio de la contratación menor irregular

Como señalé anteriormente, el Consejo de Estado ha mantenido tradicional y mayoritariamente la vía de la revisión de oficio para resarcir al contratista por los servicios prestados en supuestos de irregularidades contractuales, singularmente en casos de manifiestas infracciones del procedimiento contractual. No obstante, con relación a las contrataciones verbales, su doctrina no es pacífica⁴⁹. También los órganos consultivos autonómicos han avalado mayoritariamente este cauce cuando han apreciado la concurrencia nítida de una causa de nulidad radical⁵⁰, aunque existen también diferencias en lo referente a los efectos económicos de la nulidad declarada.

Ahora bien, al igual que se *abusa* de los reconocimientos extrajudiciales de crédito, de los reconocimientos por enriquecimiento y de las convalidaciones de gastos cuando se levantan los reparos de legalidad ante supuestos de contratación irregular manifiestamente nula, también cabe advertir una utilización indebida, por abusiva, del procedimiento de revisión de oficio para “blanquear” todo tipo de contratación irregular. Tan es así que algunos órga-

48. En el mismo sentido, incluso para admitir su aplicación a supuestos de nulidad radical, *vid.* Martí i Sardà (2020: 42).

49. Así, Dictamen 1724/2011, y, entre los más recientes, 506/2016, 842/2017, 843/2017, 493/2019, 1056/2019 y 86/2021.

50. Entre otros, *vid.* Dictamen 270/2002 del Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 92/2018 de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid, Dictamen 13/2020 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, y Dictamen 7/2022 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

nos consultivos se han posicionado en contra de la idoneidad de esta vía. Así, por ejemplo, tal ha sido el abuso de las revisiones de oficio, especialmente en el ámbito de contrataciones verbales de suministros de medicamentos y otros servicios sanitarios del Servicio Canario de Salud, que el Consejo Consultivo de Canarias, si bien ha apreciado la concurrencia de una causa de nulidad radical en las contrataciones examinadas, ha rechazado este cauce revisor apelando a los límites de la revisión de oficio (artículo 110 LPAC), invocando conjuntamente, de una parte, la buena fe del contratista, y, de otra, el uso desviado de este mecanismo, llegando a calificarlo de “fraude de ley”, en cuanto que, dado su carácter excepcional, su utilización como remedio casi *ordinario* para depurar la contratación irregular resultaría “contrario a las leyes”⁵¹. También críticos con el uso *torticero* de la revisión de oficio para “blanquear” la contratación irregular se han manifestado varios autores⁵².

Por otra parte, procede señalar que ocasionalmente algunos consejos consultivos han invocado el artículo 191.2.a) LCSP para prescindir de su dictamen en supuestos de “nulidad” cuando no existía oposición por parte del contratista⁵³. A mi juicio, sin embargo, la nulidad a que se refiere dicho precepto es la del propio contrato, no la que afecta a los actos administrativos de preparación y adjudicación, que son los concernidos por los artículos 39 y 40 de la LCSP y a los que se vincula, en cuanto que actos administrativos, la potestad excepcional de revisión de oficio.

Pues bien, en mi opinión, partiendo de que la revisión de oficio es una potestad subsidiaria y excepcional –en cuanto que permite a la Administración dejar sin efecto sus propios actos, anteponiendo el principio de legalidad al de seguridad jurídica–, tanto su uso como la interpretación de las causas que la habilitan, cuya acreditación y prueba compete a la Administración cuando la ejerce de oficio, debe hacerse de forma restrictiva. Y ello porque no puede obviarse que, en aras de la estabilidad de las relaciones jurídico-administrativas y la correlativa presunción de validez de sus actos, la regla general de invalidez es la anulabilidad de los actos administrativos y no su nulidad. Por ello es exigible que la utilización de la revisión de oficio se reserve a aquellos supuestos en los que se acredite de forma manifiesta una causa de nulidad radical⁵⁴. Ciertamente, la Ad-

51. Vid., entre otros, dictámenes 80/2020, 82/2020, 82/2020, 222/2020 y 14/2021 del Consejo Consultivo de Canarias. En la misma línea, también el Consejo Consultivo de Baleares ha calificado de “abuso de derecho” el uso *torticero* de la revisión de oficio para regularizar la contratación irregular (dictámenes 77/2016, 37/2018 y 87/2019).

52. Vid. Bauzá Martorell (2016) y Chaves García (2021).

53. Es, no obstante, una posición aislada mantenida por ejemplo en el Dictamen 13/2021 del Consejo Consultivo de Aragón.

54. Vid., entre otras muchas, STS de 25 de noviembre de 2015, rec. 269/2015.

ministración tiene el deber, y no solo la facultad, de declarar la nulidad de los actos viciados con alguna de las tachas que se identifican en el artículo 39 de la LCSP y, por remisión, en el artículo 47 LPAC, porque está compelida constitucionalmente a preservar el principio de legalidad (artículo 103.1 CE), porque la nulidad de pleno derecho afecta al orden general, porque no cabe anteponer razones de eficacia o eficiencia para la regularización más ágil de la contratación irregular cuando es, insisto, manifiestamente nula, y porque es la única vía que permitiría, además, a los terceros contratistas perjudicados por la contratación irregular reclamar, en su caso, los daños y perjuicios ocasionados por esos incumplimientos. No puede obviarse, además, que la revisión de oficio lleva implícito un juicio de reproche contra una actuación manifiestamente irregular y persigue preservar, entre otros, los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, que son esenciales en toda contratación pública⁵⁵.

Pues bien, a partir de estas consideraciones son varias las observaciones que merece este cauce de regularización:

1.ª- Que únicamente es preceptivo acudir a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de un contrato cuando concurra alguna de las causas tipificadas en el artículo 39 LPAC y, por remisión, las recogidas en el artículo 47 LPAC.

Como regla general, respecto de todas y cada una de ellas, debe tratarse de infracciones o incumplimientos notorios, palmarios y evidentes, y que además, a mi juicio, hayan perjudicado significativamente los principios esenciales que rigen la contratación administrativa. Por ello, no toda infracción de la normativa que rige la contratación pública debe depurarse vía revisión de oficio y habrá que atender a las circunstancias del caso.

Así, en mi opinión, la ausencia de crédito presupuestario en el caso de contratos menores no siempre debe considerarse como un supuesto de nulidad radical si, en el momento del reconocimiento de la obligación o en el de su convalidación, resulta acreditada la necesidad del contrato (su motivación) y existe una cobertura presupuestaria disponible. Tampoco la ausencia de expediente contractual en los supuestos de contratos menores (cuando no se acredita un fraccionamiento indebido y resulta motivada o justificada la necesidad de la contratación) debe depurarse por esta vía. No cabe obviar que también el Consejo de Estado ha señalado que el incumplimiento de requisitos de procedimiento solo determina la nulidad si se trata de omisiones que “desvirtúan su esencia”, que “constituyen hitos esenciales del mismo”, lo que no cabría cuando se trata de “requisitos que podrían haber

⁵⁵. Vid. Dictamen 298/2022 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

sido subsanados en su momento o incluso con posterioridad”⁵⁶. Tampoco en algunos casos de *prórrogas tácitas de contratos de servicios*, en tanto que puedan acreditarse circunstancias justificativas de la demora de la nueva adjudicación, exista rastro en el expediente de la voluntad de licitación, y la prórroga no se exceda significativamente respecto de la duración inicial del contrato, es apreciable una nulidad radical. A fin de cuentas, según mi criterio, el artículo 29.4 de la LCSP habilita una prórroga máxima de hasta 9 meses para estos supuestos, y el eventual incumplimiento del plazo de 3 meses para publicar el anuncio de licitación es de dudosa aplicación en los contratos menores y, además, podría considerarse como una irregularidad no invalidante por aplicación de lo previsto en el artículo 48.3 LPAC.

Fuera de los supuestos de rigurosa nulidad, cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico “contractual” debe calificarse de “anulable” en virtud de lo previsto en el artículo 40 LCSP, que incluye –y procede destacarlo– (i) los incumplimientos de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos de los artículos 204 y 205 LCSP, (ii) los de todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración, y (iii) los incumplimientos de los requisitos establecidos en el artículo 32, apartados 2, 3 y 4 de la LCSP, relativos al encargo a medios propios, supuesto relevante en la práctica contractual actual dado el notable incremento (no siempre justificado, a mi juicio) del encargo a medios propios (en especial, los vinculados a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia).

2.º- ¿Cabe la revisión de oficio de una actuación contractual verbal? Este ha sido uno de los reparos formulados por el Consejo de Estado con relación al empleo de este cauce revisor porque en muchos casos examinados “no hay rastro alguno de esos supuestos actos o decisiones por las que se encarga al contratista continuar con la prestación o realizar la prestación extraordinaria. Solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir-se a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago” (Dictamen 706/2021, de 27 de enero de 2022).

Al respecto, partiendo de que el acto administrativo consiste, *in essentia*, en una declaración de voluntad de una Administración actuando como

56. Vid. Dictamen 1562/2022 del Consejo de Estado.

tal –esto es, en el ejercicio de potestades administrativas y, por ende, en régimen de derecho administrativo–, y de que existe una voluntad material de contratación cuando puede acreditarse que se han recibido prestaciones a favor de la Administración que cuentan con su conocimiento y conformidad (expresa o tácita), que existe una postura coincidente entre la contratista y la Administración con relación a una concreta prestación contractual cuyo contenido y objeto están aparentemente definidos (incluida una estimación del precio), que la actuación contractual engarza o puede vincularse con un entorno o contexto contractual convenido, asumido informalmente por ambas partes, máxime cuando significa la prolongación de una relación contractual preexistente, cabe aceptar que estamos ante un acto administrativo tácito, con independencia de la ausencia de formalización y, en esa medida, susceptible de ser revisado de oficio⁵⁷. Es obvio, además, que la contratación de emergencia puede hacerse de forma verbal, y que, a tenor de lo previsto en el artículo 36.2 LPAC, la ausencia de formalización de la actuación contractual no significa la inexistencia de un vínculo contractual. Con todo, como señalé anteriormente, el Tribunal Supremo se ha planteado como cuestión casacional la de “si se puede acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el pago de facturas por servicios en casos en los que no está permitida la contratación verbal” (ATS de 3 de febrero de 2022, rec. 6316/2020).

Dicho lo anterior, es evidente que la ausencia de rastro alguno de formalización que avale una contratación menor, supuestos de adjudicación verbal que se evidencian al tiempo de conformar una factura y que son recurrentes porque atienden a gastos previsibles y conocidos, pueden ser reconducibles a casos de nulidad radical y, por tanto, deben regularizarse a través de una revisión de oficio y posterior liquidación⁵⁸, especialmente cuando se trata de contratos menores de obras que precisan de un soporte documental y justificativo cualificado (artículo 118.4 LCSP)⁵⁹.

3.ª- Que, advertida y acreditada una causa de nulidad radical en las actuaciones contractuales, es preceptivo atenerse al procedimiento estable-

57. Vid. Dictamen 298/2022 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

58. La Audiencia Nacional ha señalado con rotundidad que “los supuestos de contratación verbal sin procedimiento alguno no se pueden convalidar al ser nulos de pleno derecho”; vid. SAN de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016. A favor de la revisión de oficio de la contratación verbal, vid. Enríquez Mosquera (2020: 7), Valero Escribano (2015: 162), Martí i Sardà (2020: 4); en contra, vid. Martínez Hellín (2019: 1).

59. El examen, en todo caso, debe hacerse *ad casum*. Así, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias no consideró procedente la revisión de oficio de la contratación verbal del servicio de ampliación de garantía de máquinas fotocopiadoras en diversas dependencias municipales (que podía considerarse como contrato verbal o prórroga indebida), facturado por un importe de 363 €, considerando que la ausencia de memoria justificativa del gasto era el único error procedimental, y que en todo caso, de haber existido, se hubiera documentado la misma actuación contractual; vid. Dictamen 53/2019.

cido en el artículo 106 LPAC, lo que significa, en síntesis, recabar la audiencia del contratista (y demás interesados, en su caso) y el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma, debiendo resolverse el procedimiento, en caso de haberse iniciado de oficio, en el plazo máximo de 6 meses, so pena de caducidad. No puede obviarse, además, la posibilidad de que resulten de aplicación los límites previstos en el artículo 110 LPAC, conforme al cual “[l]as facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. De hecho, por resultar “contrario a las leyes” y por apreciar la buena fe del contratista, como se señaló anteriormente, algunos órganos consultivos han rechazado el uso abusivo de la revisión de oficio para regularizar contrataciones irregulares. Aunque no comparto esta opinión, en cuanto que la utilización del procedimiento que legalmente resulta preceptivo no puede esgrimirse, simultáneamente, como una utilización contraria a las leyes, creo que sería admisible invocar alguno de estos límites para rechazar, por ejemplo, la revisión de oficio de una contratación irregular practicada más allá del plazo de prescripción para instar la reclamación del pago de las facturas.

4.ª- Por último, con relación a los efectos derivados de la resolución que declare la invalidez, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LCSP, “[l]a 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”.

Es conocida la controversia acerca de la interpretación de este artículo que reconoce, *a priori*, dos conceptos diferenciados: de una parte, la devolución recíproca del “valor” de la prestación cuando no sea viable la restitución *in natura*, y de otra, la eventual indemnización de daños y perjuicios. En particular, la discusión se ha centrado en qué debe entenderse por “valor” de la prestación. Al respecto, la mayoría de los órganos consultivos, siguiendo la postura mantenida por el Consejo de Estado, considera que, en cuanto que la empresa contratista pudiera no ser ajena a la irregularidad cometida, no debe recibir el precio de la prestación facturada, sino solo su “coste”, que se calculará detrayendo el beneficio industrial que la contratista esperaba obtener determinado en expediente contradictorio, y, en aquellos casos en los que resulte difícil su cálculo, descontando un 10 % de las facturas pendien-

tes de abono⁶⁰. Otros órganos consultivos, en cambio, postulan la aplicación de un descuento del 6 % del importe facturado en concepto de beneficio industrial por aplicación analógica de lo previsto para los contratos de obras (artículo 131.b] RGLAP)⁶¹.

A mi juicio, advertido primeramente que la liquidación subsiguiente a la nulidad se desenvuelve en el contexto de un procedimiento autónomo (en el que no está prevista la participación del órgano consultivo), susceptible de caducidad (por aplicación del plazo general de 3 meses, a falta de un plazo específico recogido en la LCSP), según ha señalado el Tribunal Supremo⁶², no existiendo una previsión legal que ampare expresamente este “descuento” (a diferencia de otros ordenamientos que lo contemplan expresamente, con carácter general, a modo de “sanción impropia” o “encubierta” al contratista cómplice y beneficiario de una contratación irregular), ofrece dudas su aplicación generalizada en todos los supuestos en que se revisa de oficio una contratación irregular (piénsese, por ejemplo, en los supuestos de falta de crédito presupuestario).

De principio debe repararse en que, en función de la causa de nulidad apreciada, la Administración puede quedar obligada a abonar al contratista un importe mayor por acumulación de la indemnización de daños y perjuicios⁶³, y la eventual ajenidad del contratista a la causa determinante de la nulidad, así como su buena fe o la falta de apreciación de propósito o intención del órgano de contratación de perjudicar la concurrencia, o la aparición de circunstancias imprevisibles y sobrevenidas, pueden en muchos casos justificar el abono íntegro de las prestaciones facturadas siempre y cuando, por supuesto, se acredite su ajuste al precio o valor de la prestación.

Por otro lado, no puede obviarse que no todos los contratos permiten cuantificar el importe del beneficio industrial, y mucho menos en el caso de contratos menores. De hecho, salvo en los de obras (artículo 131.b] del RGLCAP), muchos de los servicios se adjudican a coste cero o “a pérdidas”, y, sin conocer la contabilidad analítica de la empresa, es difícil estimar la cuantía de ese presunto lucro del contratista. Tampoco resulta convincente, en mi opinión, descontar un porcentaje del 10 % o del 6 % de beneficio industrial a un contrato cuyos pliegos habían previsto un porcentaje menor

60. *Vid.*, entre otros, dictámenes 506/2017, 842/2017, 843/2017, 878/2019, 906/2019 y 1112/2019.

61. Así, *vid.* Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 405/2016, de 14 de junio, y en el mismo sentido, entre otros, Dictamen 131/2020, de 5 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, y Dictamen 513/2017, de 14 de diciembre, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

62. STS de 14 de marzo de 2022, rec. 2137/2020.

63. *Vid.* Dictamen 906/2019, de 6 de febrero.

(o mayor) o, incluso, inexistente. Y supone, además, una complejidad financiera y fiscal de gestión excesiva obligar al contratista a rectificar la factura emitida para ajustarla al nuevo importe “liquidado”.

En fin, aunque el Tribunal Supremo ha señalado que el importe a satisfacer al contratista a resultas de la revisión de oficio de una contratación irregular es una indemnización y no un precio, considero que del artículo 42 de la LCSP cabe inferir la correlación de deudas, esto es, que la Administración estará obligada a restituir su enriquecimiento en la misma medida en que se acredite el efectivo empobrecimiento del contratista, lo que incluye el beneficio industrial⁶⁴. Si el apartado 3 de este precepto permite que, aun apreciada la nulidad, cuando se produjera 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 medidas urgentes para evitar el perjuicio”, cabe razonablemente sostener que puede satisfacerse al contratista el importe que venía siendo facturado. En sede judicial, de hecho, cuando prosperan las reclamaciones de abono de los contratistas, aun intuyéndose vicios de nulidad radical, mayoritariamente se reconoce el derecho del contratista a percibir el importe reclamado de su prestación (previa comprobación de su cuantía en cuanto a su ajuste al valor de las prestaciones convenidas) sin minorar el importe de un “presunto o estimado” beneficio industrial. No parece *justo*, en definitiva, que la Administración se beneficie pagando menos al contratista, sacando provecho de una actuación irregular propia que, además, es de nulidad radical.

Ahora bien, lo anterior no impide a mi juicio que, previa previsión legal expresa, pudiera tipificarse expresamente (garantizando así la legalidad y tipicidad de una medida materialmente sancionadora) que en los supuestos de declararse la nulidad de la contratación se minorase el importe a satisfacer al contratista en un determinado porcentaje. Desde luego, una tipificación legal de esta “penalidad” constituiría un importante estímulo para que los contratistas *se implicaran* en el debido cumplimiento del procedimiento de contratación pública y de los principios que lo rigen.

Con relación a los intereses de demora por el retraso en el cobro de una contratación irregular, el Tribunal Supremo viene declarando su improcedencia cuando se ha declarado su nulidad, considerando que, no habiendo contrato, no resultan procedentes los intereses de demora⁶⁵, pos-

64. Vid. SSTS de 11 de mayo y de 2 de julio de 2004. A favor de abonar el importe facturado vid. Vicente González (2005: 431), y en contra, entre otros, Pérez López (2019: 120).

65. Vid. SSTS de 2 de julio de 2004, rec. 2341/2000, de 24 de octubre de 2005, rec. 3444/2003, y de 13 de junio de 2022, rec. 5437/2022. En la misma línea la STSJ Asturias de 22 de febrero de 2023, rec. 387/2023.

tura que comparto. También la Audiencia Nacional ha señalado, en los contratos de servicios, que “[e]s indudable que la reclamación de intereses de demora al amparo del artículo 216.4 del TRLCSP exige la preexistencia de un contrato administrativo válido. Y, en este caso, la contratación no ha sido aprobada conforme al procedimiento administrativo específico regulador en la legislación contractual del sector público, no existe un contrato escrito. Incluso no existía consignación presupuestaria alguna. La ejecución por encargo verbal no puede amparar la exigencia de intereses de demora conforme a la legislación contractual pues ni la Administración puede abonar importe alguno hasta que no se apruebe el gasto, ni el expediente de convalidación es un expediente contractual o un trámite del mismo y, en todo caso, la cantidad reconocida en los expedientes de convalidación no es el precio del contrato”⁶⁶.

Finalmente, con relación al abono al contratista del lucro cesante (cuando la nulidad se declara antes de haber finalizado el plazo de ejecución del contrato), el Tribunal Supremo ha señalado que no procede abonar esta cuantía⁶⁷. Debe advertirse, no obstante, que declarada la nulidad de un contrato cuya ejecución no ha concluido puede resultar notorio que el contratista pueda soportar los daños derivados de costes asumidos o invertidos (daño contractual negativo), cuyo abono podría resultar justificado, amén de las ganancias dejadas de obtener, cuya percepción estimo improcedente en estos supuestos.

2.4

La responsabilidad patrimonial exigida a la Administración por haber incurrido en una irregularidad contractual

¿Cabe acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial o extracontractual para reclamar a la Administración el pago de contrataciones irregulares? También en la respuesta a esta pregunta divergen las opiniones de órganos consultivos y tribunales. Al respecto, procede diferenciar el empleo del cauce de la responsabilidad patrimonial como *vía directa* para reclamar el

66. Vid. SSAN de 12 de septiembre de 2018, rec. 247/2017, y, en el mismo sentido, de 14 de octubre de 2019, rec. 398/2018.

67. No obstante, no parece una cuestión pacífica, y hay otras SSTs (de 7 de mayo de 2012, rec. 3819/2008, de 27 de octubre de 2004, rec. 2029/2000) que avalarían la postura contraria y la obligación de indemnizar al contratista que ve truncada su expectativa de beneficio, pudiendo retribuirse, en estos casos, de forma análoga a los supuestos de resolución de contratos de servicios, con el importe del 6 % del precio de adjudicación del contrato de servicios, IVA excluido. Al respecto, *vid.* Villar Ezcurra (2016: 1).

pago de facturas emitidas en el contexto de una contratación irregular, del empleo de esta vía para recuperar los daños irrogados por la anulación y no satisfechos en la liquidación subsiguiente.

El Consejo de Estado ha legitimado esta vía en algunas ocasiones⁶⁸, pero en los últimos años la ha rechazado cuando “estamos en presencia de un contrato que rige las prestaciones de las partes, el precio y los servicios contratados, con arreglo al que se ha desarrollado la actividad y se han expedido las facturas”, señalando que la vía de *la responsabilidad patrimonial es subsidiaria* respecto de otros cauces a disposición de los particulares para obtener el resarcimiento de los daños irrogados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, es decir, que no es una “fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica” (Dictamen 390/2017, de 6 de julio).

Ciertamente, como vía directa para reclamar a la Administración el cobro de facturas impagadas derivadas de una contratación irregular, resulta improcedente acudir a la vía de la responsabilidad extracontractual para reclamar como eventuales daños los importes impagados derivados de una relación neta o materialmente contractual. Por ello comparto lo señalado por el alto órgano consultivo: “[...] para el abono de las cantidades debidas se ha seguido un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración que no resulta un cauce jurídico apropiado, pues desde antiguo viene señalando este Consejo de Estado que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye el reflejo, en el ámbito administrativo, de la responsabilidad extracontractual del Derecho común” (Dictamen 1112/2019).

En la misma línea, y haciendo hincapié en la diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad patrimonial, interesa destacar que el Tribunal Supremo ha señalado que “[l]a distinción entre ambos tipos de responsabilidad deriva de su fuente misma, en un caso, el contrato, y en el otro, la ley (arts. 9.3 y 106.2 CE, art. 139 y ss de la Ley 30/1992); en la contractual la responsabilidad de la Administración se origina por el daño que ocasiona el incumplimiento de un contrato y en la extracontractual la responsabilidad se origina por el daño causado al particular por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. En el primer caso, se parte de un vínculo jurídico previo entre la Administración y el particular, el generado por el haz de derechos y obligaciones que supone el contrato, que determina el nacimiento de responsabilidad por los perjuicios que su incumplimiento provoca; en el segundo, no existe vínculo previo entre la Administración y el particular, y el deber de indemnizar surge de la mera ac-

68. Así, entre otros, dictámenes 363/2000, 3617/2000, 1842/2007, 841/2010 y 843/2017.

tuación, en sentido amplio, de la Administración generadora de un daño en las condiciones que la ley prevé, la Administración debe indemnizar sin que exista ninguna relación obligatoria previa que le vincule con el particular, sin que exista ninguna obligación ni deber previo concreto incumplido. En ambos casos surge la responsabilidad de la Administración y el consiguiente deber de indemnizar por el daño producido, pero son dos responsabilidades distintas, el título de imputación del daño a la Administración no es el mismo, en un caso deriva del incumplimiento de un contrato, de un deber concreto, y en el otro, del mero actuar de la Administración sin vínculo jurídico previo alguno con el particular que sufre el daño". De ahí que su origen sea diferente, estén sujetas a regímenes jurídicos distintos (LCSP vs. LPAC), y a desiguales plazos de prescripción. Por ello, "si la responsabilidad surge en el seno del incumplimiento de un contrato es éste el régimen jurídico que habrá de seguirse, el previsto en las normas que regulan la contratación de la Administración, con exclusión del régimen jurídico de la responsabilidad que se genera, al margen de toda relación contractual, por el mero actuar de la Administración, régimen éste que opera a modo de cláusula residual, en un Estado social de derecho (art. 1.1 CE) en el que se configura constitucionalmente como una Administración responsable (arts. 9.3 y 106.2 CE), para garantizar la indemnidad de los particulares en todos los supuestos en que la actuación administrativa cause un sacrificio patrimonial singular e individualizado que no tengan el deber de soportar. Pero cuando, como es el caso, la responsabilidad que se reclama deriva de una relación jurídica contractual preexistente que tiene su medio específico de resarcimiento, es este régimen el que habrá de seguirse (SSTS de 18 de enero de 2005, rec. 26/2003, o de 28 de marzo de 2011, rec. 2865/2009)"⁶⁹.

Tampoco ofrece expectativas de éxito para el contratista acudir a la responsabilidad patrimonial como vía subsiguiente a la revisión de oficio de contrataciones irregulares cuando, a resultas de esta, no se ha liquidado cantidad alguna o el importe liquidado no incluye la totalidad de los daños derivados de la invalidez de la contratación. Al respecto, el Tribunal Supremo ha señalado que, "cuando en la adjudicación de un contrato se procede a la revisión de oficio por incurrir dicha adjudicación en causa de nulidad de pleno derecho, siempre que el contratista haya participado en los actos que sirven de presupuesto a esa declaración de nulidad, no puede considerarse que el daño que pudiera haberse ocasionado con la ejecución del contrato luego declarado

69. Vid. STS de 10 de febrero de 2021 (rec. 7251/2019). La doctrina de esta sentencia se recoge también en las SSTS 903/2021, de 23 de junio (rec. 8419/2019), y 1389/2021, de 29 de noviembre (rec. 651/2017).

nulo sea antijurídico a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración contratante, ni tan siquiera los ocasionados con la previa tramitación de procedimientos de revisión de oficio que fueron anulados antes de la declaración definitiva de nulidad⁷⁰. Esto es, aunque resulte viable jurídicamente utilizar este cauce al admitirse expresamente que “la declaración de nulidad de los contratos puede constituir título jurídico idóneo para reclamar a la Administración por vía de la responsabilidad patrimonial” es *harto* difícil, tanto para los órganos consultivos como para los jurisdiccionales que intervienen en el mismo, exculpar al contratista de la irregularidad contractual cometida. Es innegable que el contratista generalmente no ha permanecido ajeno al vicio cometido y, en esa medida, está obligado a soportar el daño, y hay una ruptura del nexo causal que impide apreciar la responsabilidad patrimonial exclusiva de la Administración. De ahí que se estime que “[l]a declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos; pero, aun en ese caso, solo procederá reconocer el derecho a la indemnización si se acreditare la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto normativa y jurisprudencialmente conforme al régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, entre ellos, señaladamente, el de la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño de acuerdo con Ley⁷¹”.

2.5

La responsabilidad contractual ex artículo 191 LCSP

Advertidas las reservas que ofrecen los cauces de contratación irregular, haciendo hincapié en que se trata de supuestos procedentes de una relación contractual que une a la Administración y al contratista, y en que las prestaciones que deben satisfacerse tienen claramente naturaleza contractual, el Consejo de Estado ha considerado que “resulta mucho menos forzado que el pago de los servicios o trabajos adicionales realizados por el contratista ‘a vista, ciencia y paciencia’ de la Administración contratante, se ponga por referencia con el

70. Vid. STS de 16 de junio de 2021, rec. 3070/2020.

71. Vid. STS de 21 de diciembre de 2021, rec. 5676/2020, con relación a la contratación (sin contrato) del *renting* de varios vehículos por parte de un ayuntamiento, que fue revisada y anulada de oficio sin liquidación de importe alguno al contratista. En este contexto, instada la vía de la responsabilidad patrimonial, el TS estima que no se cumple el requisito de la causalidad, pues el contratista había sido partícipe directo en la irregularidad.

previo contrato que ligó a las partes, desembocando en una responsabilidad contractual” (dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022)⁷². Esto es, el indiscutible contexto contractual de estas actuaciones obliga a conceder “una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”, al amparo de lo previsto en el artículo 191.3.c) LCSP⁷³.

Ciertamente se trata de una vía idónea para depurar ciertos supuestos de contratación irregular, pero resulta huérfana de un adecuado marco procedimental (no parece claro, por ejemplo, el plazo para utilizarla –lo que, en mi opinión, permite aplicar el de las obligaciones personales del Código Civil, actualmente de 5 años–, ni si resultan preceptivos determinados informes, como los de intervención y servicio jurídico). Se trata, además, de un cauce que debe reservarse, exclusivamente, para aquellos supuestos en los que no concurra una causa de nulidad radical, pues la responsabilidad contractual, por definición, presupone la existencia de un vínculo contractual válido (o convalidable). En este contexto, estimo que la vía de la responsabilidad contractual no difiere significativamente de los cauces del reconocimiento extrajudicial de créditos o de los expedientes de convalidación de actuaciones contractuales anulables en los términos que he expuesto, a salvo de la necesidad de recabar, por esta vía, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico cuando el importe de la reclamación contractual supere los 50 000 euros, cuantía que implica prescindir del criterio de los órganos consultivos cuando se trate de una reclamación de responsabilidad contractual asociada o vinculada a un contrato menor. Parece prudente, además, dado el especial conocimiento de los órganos consultivos de los expedientes de responsabilidad extracontractual que también intervengan, en aras de la legalidad y objetividad de la resolución que se adopte, en la regularización de las responsabilidades contractuales.

Por otra parte, con relación al importe a satisfacer al amparo de este cauce, dado que en este caso estaríamos ante el precio de un contrato, no ante una indemnización como regla general, habría de atenderse al precio establecido en el contrato, sin minoración del beneficio industrial ni de otros conceptos. Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, que postula esta vía como preferente para la depuración de muchos supuestos de contratación irregular (aun cuando fuera dudosa la concurrencia de una causa de nulidad radical), el importe facturado y reclamado por el contratista puede quedar exceptuado o modulado cuando (1) existiera un acuerdo expreso y mínimamente formalizado entre la Administración y el contratista respecto

72. Con anterioridad ya se había pronunciado a favor de esta posibilidad; *vid.* dictámenes 651/2005, 488/2012, 676/2014 y 1035/2018.

73. Esta ha sido la vía seguida también por otros órganos consultivos. *Vid.* Dictamen 298/2022, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

del importe de la compensación a satisfacer⁷⁴ y (2) cuando, en atención a la conducta de la empresa contratista, se acreditara su participación o connivencia en la irregularidad, en cuyo caso solo debería retribuirse el “coste” de la prestación, detrayendo el beneficio industrial que la empresa esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio, y, en los supuestos en los que resultara dificultad en su cálculo, aplicando un descuento del 10 % de las facturas pendientes de abono⁷⁵. En mi opinión, en cambio, son aplicables aquí las consideraciones señaladas anteriormente acerca de las incoherencias y dificultades que plantea detraer, a falta de regulación legal *ad hoc*, un porcentaje equiparable al beneficio industrial presunto obtenido por el contratista, máxime en el caso de contratos menores. Finalmente, respecto de los intereses de demora, debe estimarse que han de regir las mismas reglas que en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos y convalidaciones de gastos, esto es, fijar su devengo a partir de los 30 días siguientes al del acto que reconozca la responsabilidad contractual.

3

Consideraciones finales

El régimen jurídico de cada una de las diferentes vías que existen para depurar la contratación menor irregular (sus causas, procedimiento y plazos), y sobre todo sus efectos económicos, difieren significativamente y no existe una posición uniforme, ni entre la doctrina, ni entre los órganos consultivos, ni en la jurisprudencia, acerca de la idoneidad o preferencia de unos cauces sobre otros. Así, aunque en el ámbito de la contratación menor es infrecuente, parece excesivamente *generosa* la habitual estimación judicial de las reclamaciones de pago fundamentadas en el enriquecimiento injusto, con abstracción de si concurre una causa de invalidez subyacente y de qué tipología sea esta. Por otra parte, no todos los órganos consultivos reconocen la idoneidad de la revisión de oficio para regularizar la contratación menor irregular, rechazándola al amparo de que en estos contratos no cabe hablar, en rigor, de un verdadero procedimiento de adjudicación, sino de un (simple) expediente de contratación. Asimismo se cuestiona la idoneidad de este cauce, por “desproporcionado” y por razones de eficacia, y por el abuso que significa recurrir a un procedimiento excepcional

74. Así sucedió en el asunto enjuiciado en la STS de 28 de mayo de 2020, rec. 5223/2018, con relación al abono a una empresa que continuó en la prestación de un servicio de limpieza al extinguirse el correspondiente contrato, y constaba un encargo de la prórroga en términos y condiciones diferentes, que serían los aplicables.

75. *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado 706/2021, de 27 de enero.

para “blanquear” de forma reiterada la contratación menor irregular. A mi juicio, la revisión de oficio también es preceptiva en los casos de contratación menor ante causas manifiestas de nulidad radical, tales como contrataciones verbales recurrentes desprovistas de todo soporte documental justificativo de la necesidad del contrato, idoneidad del contratista y cobertura presupuestaria o fraccionamientos indebidos de contratos. Fuera de estos casos, debe insistirse en que la regla general de invalidez de los actos administrativos es la anulabilidad y no la nulidad radical. Los OCEX y otras instituciones antifraude han cuestionado, por su parte, el reconocimiento extrajudicial de créditos (o reconocimientos por enriquecimiento) para convalidar las contrataciones irregulares, frente al criterio de algunos órganos gestores, e incluso de algunos órganos judiciales, que admiten más generosamente su empleo como cauce “más eficaz” para pagar al contratista lo debido, sin necesidad de depurar previamente la irregularidad cometida. Al respecto, previa mejora de su marco jurídico, en mi opinión, el reconocimiento extrajudicial de créditos es idóneo ante supuestos de insuficiencia de crédito cuando puede habilitarse la cobertura por otros cauces (mecanismo de pago a proveedores, transferencias...) y existe una justificación de la contratación en sus elementos esenciales. Asimismo, también el mecanismo ordinario de la convalidación de los actos anulables tiene cabida para depurar muchos supuestos de contratación menor irregular cuando los incumplimientos son subsanables. Por otra parte, debe advertirse que no se paga lo mismo por una contratación anulada vía revisión de oficio (donde a su vez no es pacífico el descuento del beneficio industrial al contratista) que la cantidad reconocida en una sentencia judicial que declara el derecho del contratista, con fundamento en el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, a percibir el cobro íntegro de sus facturas, los costes de cobro, los intereses (de demora o legales), amén de imponer (generalmente) las costas a la Administración. Tampoco es pacífico determinar si el importe que se abona al contratista por una u otras vías es una indemnización o un precio –lo cual tiene una indudable trascendencia fiscal–, y ofrece dudas determinar desde cuándo tiene el contratista derecho, si lo tiene, a percibir intereses de demora en un contexto de contratación irregular. En fin, hay expedientes de contratación irregular que se han tramitado por la vía de la responsabilidad patrimonial, posteriormente se han reconducido a revisiones de oficio, y en último término, tras el dictamen del órgano consultivo, se han “bautizado” como supuestos de responsabilidad contractual. En definitiva, estamos ante un controvertido escenario, como revela la disparidad de criterios doctrinales, jurisprudenciales y consultivos, que demanda una mejor regulación de estos supuestos, cuya utilización debe ser, en todo caso, excepcional porque el objetivo debe ser asegurar una contratación regular, y, en particular, una clarificación de los efectos económicos asociados a

cada uno de ellos estableciendo legalmente, a título de ejemplo, un descuento de un determinado porcentaje del valor del contrato cuando concurre una causa de nulidad radical que no es ajena al contratista, o declarando la improcedencia de abonar intereses de demora hasta que se regularice (por algún cauce) la contratación irregular.

4

Bibliografía

- Aguado i Cudolà, V. (2017). Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos. En VV. AA. *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 223 y ss.).
- Atance Aparicio, L. (2020). Los usos y abusos de los reconocimientos extrajudiciales de crédito en el ámbito local. *Revista Española de Control Externo*, 66.
- Bauzá Martorell, F. J. (2016). Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175.
- Blanco Higuera, A. L. (2021). El enriquecimiento sin causa en la Ley de Finanzas de Cantabria: un análisis crítico. *Auditoría Pública*, 77.
- Cano Campos, T. (2017). El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/332579/423358>.
- Carretero Espinosa de los Monteros, C. (2015). El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidades. *Revista de Administración Pública*, 93.
- Cebrián Herranz, L. y Pascual Martín, J. I. (2018). Obras ejecutadas sin cobertura contractual. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.
- Chaves García, J. R. (2021). Legitimidad de los créditos reconocidos extrajudicialmente para evitar el enriquecimiento injusto. *del Justicia.com* [blog], 26-01-2021. Disponible en: <https://delajusticia.com/2021/01/26/legitimidad-de-los-creditos-reconocidos-extrajudicialmente-para-evitar-el-enriquecimiento-injusto>.
- Díez Sastre, S. (2018). Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, 5.
- Enríquez Mosquera, J. J. (2020). Función interventora en los contratos menores. Reconocimiento extrajudicial, omisión de la función interventora o revisión de oficio

- en casos de ausencia de procedimiento. *Revista Digital del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional*, 46.
- Gallego Córcoles, I. (2015). El fraccionamiento del contrato y la división en lotes. *Contratación Administrativa Práctica*, 138.
- Garcés Sanagustín, M. (2018). Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista Española de Control Externo*, 60, 99 y ss.
- García García, M.^a Á. (2016). Fraccionamiento de contratos públicos en beneficio de los órganos de decisión. *Actualidad Administrativa*, 5.
- García Hernández, J. (2016). El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales. *Revista de Derecho Local*.
- García Luengo, J. (2002). Los supuestos de nulidad de pleno derecho establecidos al margen de la Ley de Procedimiento Común. *Revista de Administración Pública*, 159.
- Gavilán López, J. (2023). Los últimos problemas prácticos del contrato menor. *Revista General de Derecho Administrativo*, 62.
- Gómez Rincón, F. (2019). Enjuiciamiento de pagos indebidos derivado de actos administrativos válidos a efectos de responsabilidad contable. En VV. AA. *El Tribunal de Cuentas: experiencia práctica y análisis de la nueva Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 165 y ss.). Sevilla.
- González de Zárate Lorente, R. (2022). *Contratación pública y libre concurrencia*. Aranzadi.
- Lamela Cabrera, A. (2019). Contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. En VV. AA. *El Tribunal de Cuentas: experiencia práctica y análisis de la nueva Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 313 y ss.). Sevilla.
- Martí i Sardà, I. (2020). La regularización de facturas derivadas de contrataciones irregulares. *Diario La Ley*, 9549.
- Martínez Fernández, J. M. (2019). La Instrucción 1/2019 de la OIREscon: una visión positiva y práctica para completar el “cerco” a los contratos menores. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 6.
- Martínez Hellín, J. (2019). Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 8.
- Moreo Marroig, T. (2015). Reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, ¿bálsamo de fierabrás de la contratación irregular? *esPublico* [blog], 27-10-2015. Disponible en: <https://www.administracion->

publica.com/reconocimiento-extrajudicial-de-credito-el-articulo-60-2-del-decreto-5001990-de-20-de-abril-balsamo-de-fierabras-de-la-contratacion-irregular/.

- Olea Romacho, A. R. (2021). El reconocimiento extrajudicial de créditos. Análisis práctico global. *Revista de Derecho Local*, 92.
- Ordóñez Solís, D. (2020). ¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España. *Revista CEFLegal*, 243.
- Pérez López, E. (2019). Los problemas jurídicos derivados de la contratación pública irregular en los municipios españoles. La revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos nulos. *Revista de Derecho UNED*, 25.
- Pintos Santiago, J. (dir.). (2019). *Todo sobre el contrato menor. Aproximación a los procedimientos alternativos*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.
- Prada Rodríguez, A. y Herrero González, E. (2015). Reconocimiento extrajudicial de créditos. *Revista de Auditoría Pública*, 66.
- Rebollo Puig, M. (2006). Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el Derecho administrativo. *Cuadernos de Derecho Local*, 12.
- Sesma Sánchez, B. (1999). La aparente nulidad de los gastos contraídos sin crédito presupuestario: criterios para una reinterpretación del principio de especialidad cuantitativa. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 101.
- Soler Mifsud, E. (2017). La contratación verbal en la Administración local: Efectos, procedimiento a seguir, y responsabilidades que pueden derivarse. *Auditoría Pública*, 70.
- Valero Escribano, J. I. (2015). La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares. *Revista Española de Control Externo*, XVII.
- Vicente González, J. L. (2005). Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local. *Revista de Administración Pública*, 168.
- Villanueva Cuevas, A. (2020). Un nuevo giro en la regulación de la contratación menor: la reforma producida por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero. *Contratación Administrativa Práctica*, 168.
- Villar Ezcurra, J. L. (2016). Reflexiones sobre la invalidez de los contratos administrativos y sus efectos: la reclamación del lucro cesante. *Diario La Ley*, 8870.

A large, stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk with a circular cutout at the bottom. The canopy is composed of many smaller, rounded branches, each ending in several leaf-like shapes. The text 'QDI 62' is positioned in the upper right area of the tree's canopy.

QDI 62

II. Sección general

Efectos de la nulidad de los contratos verbales del sector público: acción restitutoria o responsabilidad patrimonial. ¿Es posible evitar el pago de la prestación realizada?

IGNACIO CALATAYUD PRATS

*Profesor de Derecho Administrativo.
CUNEF Universidad*

1. Introducción

2. Nulidad del contrato administrativo y responsabilidad patrimonial de la Administración

2.1. Sobre los hechos que dan lugar a la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y los argumentos jurídicos utilizados por la misma

2.2. Crítica a la vía de la responsabilidad patrimonial para exigir el pago de las prestaciones realizadas. La restitución como fuente para la obtención de las prestaciones realizadas

2.2.1. *La inadecuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial para exigir la liquidación de un contrato nulo o el pago de facturas derivadas de un contrato nulo*

2.2.2. *La necesaria distinción entre tutela restitutoria y tutela resarcitoria*

3. La restitución como efecto derivado de la invalidez del contrato. ¿Son aplicables supletoriamente las reglas del Código Civil que regulan la limitación a la restitución de los contratos nulos?

3.1. La restitución como acción derivada de la nulidad

3.2. ¿Los artículos 1305 y 1306 del Código Civil son aplicables o no a los contratos del sector público?

Artículo recibido el 12/04/2023; aceptado el 15/05/2023.

- 3.3. La causa torpe en el Código Civil
- 3.4. La inadecuación de aplicar los artículos 1305 y 1306 del Código Civil como derecho supletorio a los contratos del sector público

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Resumen

El estudio argumenta que la acción de responsabilidad patrimonial no es la acción adecuada para reclamar los servicios efectivamente prestados pero no satisfechos en virtud de contratos nulos. Por el contrario, el estudio considera que la acción adecuada es la acción de restitución de las prestaciones realizadas. Se afirma que mientras que la acción de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato nulo, restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato, y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la indemnización de los daños y perjuicios tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante, que actúa con culpa o dolo, ha causado a la parte perjudicada. Para el autor no son aplicables supletoriamente al derecho administrativo los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, que regulan la causa torpe o ilícita y que limitan la obligación de restituir, cuando uno o los dos contratantes son culpables.

Palabras clave: *contratos del sector público; contratos administrativos; invalidez; nulidad; restitución; responsabilidad patrimonial; responsabilidad extracontractual; culpa; derecho supletorio; causa ilícita; causa torpe.*

Effects of the nullity of verbal contracts in the public sector: restitutionary action or patrimonial liability. Is it possible to avoid the payment of the service rendered?

Abstract

The article argues that the action for pecuniary liability is not the appropriate action to claim for services actually rendered but not satisfied under null and void contracts. On the contrary, the article considers that the appropriate action is the action for restitution of services rendered. The article argues that the aim of the restitution action is to eliminate the legal effects produced and arising from the null contract and, therefore, it restores the economic rights of the parties to the situation they would have had if the contract had

not taken place, and this regardless of the good or bad faith of the contracting parties. On the contrary, pecuniary liability compensates the damages that the contracting party, acting negligently or fraudulently, causes to the injured party. Thus, Articles 1305 and 1306 of the Civil Code, which regulate tortious or unlawful causation and limit the obligation to make restitution when one or both contracting parties are at fault, are not applicable in a supplementary manner to administrative law.

Keywords: public procurement; public contracts; invalidity; nullity; restitution; liability of the Administration; suppletory right; fault; illicit cause.

1 Introducción

Mediante el presente estudio pretendemos dar respuesta a la siguiente pregunta: si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos, o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de tutela restitutoria cuyos presupuestos defieren notablemente de los presupuestos necesarios para prospere una acción resarcitoria.

Debemos señalar que dicha cuestión ha tenido respuesta afirmativa en una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sentencia que considera que es viable acudir a la acción resarcitoria vía responsabilidad extracontractual de la Administración para el pago de dichas facturas.

No obstante, ya adelantamos que no podemos estar de acuerdo con la solución dada a dicha pregunta por el Tribunal Supremo, y ello porque los argumentos utilizados desde un punto de vista dogmático no son correctos jurídicamente, lo que, a su vez, da lugar a un resultado erróneo.

En efecto, como vamos a comprobar en las líneas siguientes, el Tribunal Supremo valida el ejercicio de una acción resarcitoria vía responsabilidad patrimonial de la Administración para reclamar los servicios prestados y no pagados en virtud de un contrato declarado nulo, por haberse adjudicado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, cuando por el contrario lo procedente es el ejercicio de una acción restitutoria, acción esta última

cuyos presupuestos son completamente diversos a los de la acción resarcitoria.

Precisamente, tal y como vamos a exponer, mientras que en la responsabilidad patrimonial de la Administración para que nazca la responsabilidad es requisito la exigencia de un título de imputación, en concreto la culpa, sin embargo, en la tutela restitutoria, no se tiene en cuenta la culpa de las partes a la hora de establecerse la obligación de restitución de las prestaciones.

Del mismo modo, mientras que la culpa en la conducta del administrado puede dar lugar a la ruptura del nexo causal y, por tanto, a la exoneración de la Administración en la responsabilidad patrimonial, por el contrario, la conducta de las partes en nada afecta al deber de restitución de las prestaciones (salvo en los casos de causa ilícita regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, de dudosa aplicación en la contratación administrativa).

Del mismo modo, el plazo de prescripción de una y otra acción varía, pues mientras que el plazo de prescripción de la acción resarcitoria es de un año, el plazo de prescripción de la acción restitutoria es de cuatro años.

El objetivo del artículo es comprobar cómo la jurisprudencia que acude a la responsabilidad patrimonial para resolver las consecuencias derivadas de la invalidez contractual es incorrecta desde el punto de vista teórico y, en consecuencia, da lugar a soluciones incorrectas.

Pasemos a analizar las cuestiones controvertidas.

2

Nulidad del contrato administrativo y responsabilidad patrimonial de la Administración

2.1

Sobre los hechos que dan lugar a la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y los argumentos jurídicos utilizados por la misma

Para una adecuada comprensión de la pregunta que pretendemos resolver, esto es, si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados, resulta del todo necesario conocer los

hechos que dan lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo, así como la respuesta que dieron los órganos jurisdiccionales de instancia y apelación.

Los hechos, tal y como se desprenden tanto del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía que declara la nulidad de pleno derecho de los contratos objeto de controversia, como de las sentencias de instancia y apelación que resolvieron la controversia, son los siguientes: el Ayuntamiento de Marbella realizó una serie de contratos de *renting* de más de 100 vehículos con la entidad Alveomotor, S.L., sin seguir el procedimiento legalmente establecido, siendo en julio de 1998 cuando se produjo la primera entrega de vehículos al Ayuntamiento, y dejándose de abonar por este las facturas correspondientes por el uso de los mismos a partir de febrero de 2003, si bien los vehículos siguieron utilizándose, lo que generó una deuda frente al contratista.

El Ayuntamiento de Marbella, previo dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía¹, procedió a la revisión de oficio y a declarar la nulidad de los

1. El Dictamen núm. 78/2007, de 21 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía, considera nulos de pleno derecho los contratos celebrados, en virtud de los siguientes argumentos:

"Los contratos de arrendamiento de vehículo cuya nulidad pretende ser declarada, ciertamente, se rigen en su preparación y adjudicación (actos separables), por las normas de derecho administrativo sobre contratación de las Administraciones Públicas. Y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho Privado que les sean de aplicación. En esto coinciden tanto el artículo 4.3^º del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, como el artículo 9 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Dependiendo de la fecha exacta en que se hubieran firmado los contratos, dato que es desconocido, regiría una u otra norma respecto a los actos separables; en cualquier caso, el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación es coincidente, esto es, la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

De conformidad con las normas aplicables, ya referidas, procedimentalmente se requiere, antes de la celebración del contrato, la elaboración del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas. Así se deduce de los artículos 14 y 17 de la Ley de 1965, como de los artículos 50 y 52 de la ley de 1995.

En la contratación del arrendamiento de vehículos objeto del presente expediente ninguno de los dos mencionados Pliegos han existido.

Tampoco, en orden a la adjudicación, han sido cumplidas las prescripciones legales. En efecto, con carácter general se ha de respetar los principios de libertad y concurrencia en la contratación administrativa. Así lo proclaman los artículos 13 y 79 de los textos normativos del año 1965 y 1995, aplicables según el caso. Ello implica que salvo en los supuestos legalmente autorizados, y que deberían quedar escrupulosamente justificados en el expediente de contratación que debió instruirse al efecto, no se admitirá la contratación directa o el procedimiento negociado (según la terminología empleada, respectivamente, por el artículo 13 de la Ley de 1965, o por el artículo 74 de la Ley de 1995). En la contratación llevada a cabo en el expediente objeto de consulta, de forma evidente se aprecia la omisión de cualquier acto que justifique el motivo por el que se ha prescindido de la observancia a los principios de libertad y concurrencia en la contratación. Y, desde luego, no es admisible la alegación efectuada por el adjudicatario en cumplimiento del trámite concedido al efecto, cuando afirma que 'mis representadas desconocen por completo como se llevó a cabo la preparación y adjudicación administrativa de esos contratos (sic). Lo único cierto es que fueron llamadas, dentro de una concurrencia de ofertas, adjudicándoseles finalmente la cesión mediante el alquiler de vehículos de su propiedad'. El contrasentido de esta afirmación es que si la mercantil o mercantiles contratantes desconocen cómo se llevó a cabo la preparación y adjudicación, es porque no concurrieron a ninguna oferta pública, y porque no existió ningún pliego de cláusulas ni administrativas ni de prescripciones técnicas, pues en caso contrario sí conocería algo de esa preparación y adjudicación. En

contratos de *renting* a través de dos decretos del año 2007, si bien no procedió a la liquidación del contrato con la consiguiente restitución del valor de los servicios realizados, y que equivale al pago de las facturas impagadas.

Tras la declaración de nulidad del contrato, y dado que el Ayuntamiento de Marbella no procedió a la restitución del valor del servicio prestado, dejando de abonar facturas por importe de 2 643 938,06 €, la entidad reclamó dichas cantidades mediante una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Frente a la demanda interpuesta por el empresario, el Ayuntamiento de Marbella se opone, alegando que el cauce adecuado no puede ser el régimen de la responsabilidad patrimonial, sino que procede aplicar el régimen general regulado en el artículo 1303 del CC, y que si bien, en principio, como consecuencia de la nulidad declarada, habría que restituir el valor de los servicios prestados, considera de aplicación lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 del CC², que limitan la obligación de restitución en supuestos de causa torpe³.

definitiva, no pudo haber concurrencia de ofertas, ni desde luego se acredita este dato por el adjudicatario.

Con arreglo a todo lo que se ha ido razonando, la única conclusión posible es que nos encontramos ante la causa de nulidad establecida por los diferentes preceptos legales antes citados, y cuya reseña en este punto omitimos a fin de evitar reiteraciones innecesarias, consistente en la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, lo que lleva aparejado la declaración de nulidad de los contratos de arrendamiento de los vehículos”.

2. Los artículos 1303, 1305 y 1306 del CC regulan la restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de los contratos en derecho y los supuestos en los que no procede la restitución.

En concreto, el artículo 1303 señala: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes civil”.

El artículo 1305 indica:

“Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

El artículo 1306, que regula la causa torpe, establece:

“Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.º Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.º Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

3. Un dato importante a tener en cuenta y que pudo servir dogmáticamente para la resolución del supuesto es que tanto las personas que celebraron los contratos como los contratos

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga dicta Sentencia con fecha 12 de mayo de 2016, ratificada posteriormente en apelación por la Sentencia núm. 31/2020, de fecha 20 de enero de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en la que otorga la razón al Ayuntamiento de Marbella, con la siguiente argumentación:

“La Sentencia de instancia sostiene que la pretensión de la parte actora no podía ser acogida por la Administración demandada, y ello al entender, asumiendo los motivos de oposición esgrimidos por la Administración, que la reclamación debió llevarse a cabo por los correspondientes cauces establecidos para la responsabilidad contractual y no mediante una reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, sostiene que la nulidad de los contratos decretada por el Pleno del Ayuntamiento debía llevar aparejada una solicitud de a restitución de las prestaciones –junto con los frutos e intereses producidos– o el correspondiente equivalente pecuniario (conforme a lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil), debiendo ser tal obligación de cumplimiento simultáneo por ambas parte conforme el artículo 1.308. Dado que lo que solicitaba la parte era una indemnización por importe equivalente, entendía la resolución apelada que no concurrían los presupuestos para que dicha acción prosperase”.

En definitiva, para la Sentencia de primera instancia y la Sentencia que resuelve la apelación el cauce adecuado para exigir los servicios prestados y no abonados no es una acción indemnizatoria vía responsabilidad patrimonial extracontractual, sino, por el contrario, una acción de restitución derivada de la nulidad del contrato, razón por la cual rechazan la demanda.

Frente a la Sentencia núm. 31/2020, de fecha 20 de enero de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

fueron objeto de un procedimiento penal, en concreto en el caso Malaya, y condenadas por ello. Así se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo, que recoge la oposición del Ayuntamiento al recurso, alegando en su escrito lo siguiente: “[...] fue tal la ilegalidad de lo acontecido con total conocimiento y siendo copartícipe de la misma la mercantil recurrente, que dado que los administradores de la misma aparecían imputados en el caso ‘Malaya’, se solicitó por este Ayuntamiento, la suspensión de los procedimientos judiciales instados por prejudicialidad penal. El resultado de la causa penal, y ante las acusaciones del Ministerio Público al acusado Jesús Ángel (administrador de AlveMotor) de cohecho y manipulación en el concurso de adjudicación de la retirada de vehículos de la vía pública, así como de la aprobación de una ordenanza fiscal de tasas de retirada de dichos vehículos a fin de aumentarlas, y un largo etérea, fue la conformidad del mismo con los delitos que se le imputaban y que se trataba de ‘un delito de cohecho para acto injusto, un delito de alteración de precio en concurso y subastas, un delito de malversación de caudales públicos y falsedad documental (todo ello motivado por las relaciones con los anteriores ediles y responsables de urbanismo del Ayuntamiento) y todo ello directamente relacionado con los contratos cuya obvia nulidad pretende reclamar por el instituto de la responsabilidad patrimonial”.

Superior de Justicia de Andalucía, la entidad recurrente interpuso recurso de casación, al considerar que los servicios prestados y no abonados derivados de un contrato nulo podían exigirse mediante una acción de responsabilidad patrimonial, recurso que fue admitido mediante auto de admisión de fecha 12 de febrero de 2021, siendo la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la consistente en “determinar si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos, o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual”.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, da la razón a la empresa en cuanto a la vía exigida para reclamar las facturas, al considerar lo siguiente:

“[...] cuando la empresa reclama por la vía de la responsabilidad patrimonial los daños sufridos, está asumiendo que éstos fueron generados por la declaración de nulidad de los contratos. Esa declaración, efectuada por la Administración en virtud de la potestad que le reconoce al efecto el artículo 106 de la Ley 39/2015 (en consonancia con el artículo 102 de la Ley 30/1992), puede servir de título habilitante para reclamar por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración los daños ocasionados, en la medida en que comporta un reconocimiento explícito por parte de la Administración de que su actuación fue ‘anormal’, esto es, no ajustada a Derecho.

Por tanto, la declaración de nulidad de los contratos celebrados puede constituir título jurídico idóneo para reclamar a la Administración por vía de la responsabilidad patrimonial, pero, al hacerlo, la empresa debe someterse, necesariamente, al régimen jurídico de dicha responsabilidad patrimonial, que es distinto al de la responsabilidad contractual”.

Ahora bien, para el Tribunal Supremo, si bien es posible reclamar la prestación realizada y no pagada vía responsabilidad patrimonial, sin embargo, solo procederá reconocer el derecho a la indemnización si se acredita la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto, normativa y jurisprudencialmente, conforme al régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y entre ellos, señaladamente, el de la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño de acuerdo con la ley. En definitiva, el hecho de que quepa utilizar la vía de la responsabilidad patrimonial no significa, necesari-

riamente, que deba reconocerse a la reclamante el derecho a percibir la indemnización que reclama.

Precisamente, el Tribunal Supremo considera que el daño no es anti-jurídico, y ello debido a que la declaración de nulidad de los contratos fue la consecuencia lógica de haberse celebrado estos prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido al efecto, teniendo la reclamante una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos; este hecho lleva al Tribunal Supremo a no apreciar la antijuridicidad del daño que la empresa reclamante alega haber sufrido a causa de la declaración de nulidad de los contratos. Para el Tribunal Supremo, “apreciar en este caso esa antijuridicidad supondría contrariar las reglas de la lógica jurídica y del principio de la buena fe, que exige que las partes observen la debida coherencia en sus comportamientos procesales”.

En definitiva, para el Tribunal Supremo, dado que la empresa tuvo una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos, pues estos se otorgaron verbalmente, es corresponsable en la generación del daño, y por lo tanto no es antijurídico, ni cabe indemnización.

Para nosotros, tal y como vamos a argumentar en los próximos epígrafes, ni es correcta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, ni tampoco es viable la defensa adoptada por el Ayuntamiento y que consiste en aplicar el artículo 1306 del Código Civil, que regula la causa torpe, para evitar la restitución del valor del servicio prestado al contratista.

En nuestra opinión se debió restituir al contratista el valor del servicio prestado para evitar un enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

2.2

Crítica a la vía de la responsabilidad patrimonial para exigir el pago de las prestaciones realizadas. La restitución como fuente para la obtención de las prestaciones realizadas

2.2.1

La inadecuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial para exigir la liquidación de un contrato nulo o el pago de facturas derivadas de un contrato nulo

Debemos destacar que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, regulada en los artículos 32 y ss. de la Ley 40/2015, constituye una institución jurídica que tiene por objeto garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares como consecuencia del fun-

cionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquellos no dispongan de vías específicas para exigir la compensación económica que se acciona al haber tenido lugar el conflicto de carácter económico en el desenvolvimiento de cualesquiera relaciones jurídicas que vinculen a la Administración con los perjudicados, donde se prevean tales vías, pues en tal caso la solución al conflicto ha de tener lugar a través de estos específicos cauces y con arreglo al régimen jurídico previsto al efecto⁴.

Precisamente, el artículo 42 de la LCSP establece el cauce procedimental que hay que seguir una vez se declara la nulidad de un contrato del sector público por ser contrarios a derecho los actos de preparación y adjudicación del mismo. Tal y como señala el precepto: “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”.

Es decir, la propia LCSP establece la vía procedimental y el mecanismo para determinar los efectos derivados de la nulidad del contrato sin que, por tanto, quepa acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial, por no ser el cauce procedimental establecido legalmente para ello. La institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni desde luego constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica.

Si el supuesto de hecho, como es el caso de la liquidación del contrato una vez declarada su invalidez, dispone de vías específicas de resarcimiento, procederá su aplicación prevalente con exclusión del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵.

La responsabilidad extracontractual de la Administración debe considerarse, por tanto, como una suerte de última ratio, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico.

4. Cfr. Dictamen del Consejo de Estado 706/2021, de 27 de enero de 2022.

5. En este sentido se pronuncia, con claridad, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) en la Sentencia de 8 de abril de 2014, al declarar que la Ley de contratos establece el cauce procedimental específico para la posible determinación de los daños causados por la declaración de nulidad de un contrato y, sin que sea viable, acudir a una responsabilidad patrimonial.

Igualmente se pronuncia la Sentencia núm. 635/2014, de 9 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

El Tribunal Supremo, al permitir acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial para exigir el cobro o pago de facturas no abonadas en un contrato declarado inválido, no solo está convirtiendo la responsabilidad extracontractual en un cajón de sastre que habilita a que cualquier administrado que considere que ha sufrido un quebranto económico de la naturaleza que sea acuda a la responsabilidad extracontractual en busca de resarcimiento, sino que está desnaturalizando la vía procedimental legalmente prevista y los presupuestos sustantivos que permiten determinar la viabilidad de la acción⁶.

Como vamos a explicar, el Tribunal Supremo desnaturaliza los presupuestos de la tutela restitutoria y, aplicando los presupuestos de la tutela resarcitoria, llega a soluciones no queridas, a nuestro juicio, por el ordenamiento jurídico.

2.2.2 La necesaria distinción entre tutela restitutoria y tutela resarcitoria

Sin duda alguna el mayor reproche que se puede realizar a la jurisprudencia que avala la utilización de la responsabilidad patrimonial de la Administración (o responsabilidad extracontractual) para liquidar los efectos derivados de un contrato nulo (o, en la práctica, para permitir la exigencia o cobro de los servicios prestados derivados de contratos declarados nulos por no seguir el procedimiento) es la falta de rigor dogmático, pues dicha jurisprudencia permite que el administrado ejercite una acción resarcitoria cuando, por el contrario, lo procedente es el ejercicio de una acción restitutoria, acción esta última cuyos presupuestos son completamente distintos de los de la acción resarcitoria.

Podemos afirmar que la tutela restitutoria frente a las actuaciones de la Administración contrarias al ordenamiento se deriva y está ligada a la invalidez. Como sabemos, el concepto de la invalidez hace referencia a la acom-

6. En términos similares se expresa Lozano Cutanda (2022: 3), cuando indica: "Se olvida, de esta forma, que estamos ante una relación sinalagmática que genera obligaciones recíprocas para las dos partes y que resulta ajena por completo a los principios de la responsabilidad extracontractual. Las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato, sea en vía de recurso o de revisión de oficio, las expone, con toda claridad, el citado artículo 42 de la Ley de Contratos del Sector Público [...] Pero el Tribunal Supremo ha decidido otra cosa, y con ello parece admitir la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración para determinar los efectos de la declaración de nulidad de un contrato del sector público- aunque se trate de un contrato privado- cuando su nulidad se haya declarado por la vía de la revisión de oficio. Es de esperar, sin embargo, que esta doctrina no se consolide, pues aplicar la responsabilidad patrimonial, de carácter extracontractual, para determinar los efectos de la resolución de un contrato va en contra de lo expresamente establecido por la Ley de Contratos del Sector Público y subvierte, además, los principios básicos de toda relación contractual".

dación o a la ausencia de contradicción entre una norma o un acto y otros existentes en el ordenamiento jurídico. La concepción del derecho como sistema dotado de una serie de notas como unidad, coherencia y plenitud, no permite la existencia de un acto administrativo contrario a una norma. Un ordenamiento jurídico, un sistema normativo, no puede tolerar que se dicten actos administrativos, en nuestro caso actos de preparación de adjudicación de contratos, contrarios a las leyes. La validez representa así el respeto general o total a las reglas del sistema.

La nulidad (ya sea por nulidad de pleno derecho o anulabilidad) representa la declaración institucional de invalidez de un acto administrativo.

Precisamente, cuando tiene lugar una situación contraria al ordenamiento jurídico surge una exigencia básica de restablecimiento de la legalidad que es consustancial a la idea de Estado de derecho. Este tipo de tutela es denominada tutela restitutoria, porque tiene como objetivo restituir o reintegrar una posición jurídica violada o, en general, el ordenamiento jurídico vulnerado; de este modo, la situación creada por una actuación contraria a derecho se debe eliminar para restablecer las cosas a su situación originaria –es la denominada *restitutio in integrum*–. Por ello la tutela restitutoria o tutela primaria tiene por finalidad eliminar situaciones de hecho ya producidas que no se corresponden con el derecho a través del restablecimiento del estado de cosas anterior a la vulneración del ordenamiento, el *statu quo ante*⁷.

Por ello, la declaración de nulidad ha de tener y tiene, con carácter general, una serie de consecuencias o efectos, el efecto destructivo que consiste en la eliminación de los efectos jurídicos del acto, y el efecto reconstructivo que consiste en obligar a reconstruir la situación jurídica anterior a la producida por el acto anulado.

El carácter retroactivo, o los efectos *ex tunc* de la nulidad y la anulabilidad, es una consecuencia lógica de la invalidez: “Determinado que un acto jurídico no posee validez dentro del sistema, resulta natural que no deba reconocerse en aquel acto virtud alguna durante todo el tiempo de su vigencia para producir efectos reconocibles”⁸.

La interdependencia entre la invalidez y la ineficacia retroactiva se explica y es una consecuencia lógica de la imposibilidad de que un acto declarado inválido, en nuestro caso un contrato inválido, que nunca debió existir, produzca efectos –de ahí el brocardo *quod nullum est nullum effectum producit*–. El restablecimiento de la legalidad como consecuencia de la ineficacia total del acto es un efecto directo de la declaración de invalidez.

7. Cfr. Díez Sastre (2012: 73-74).

8. Cfr. Letelier Wartenberg (2011: 97).

De hecho, es obvio que, en caso de que un contrato sea declarado inválido, ya sea por una causa de nulidad o de anulabilidad, las partes están obligadas a restituir las prestaciones realizadas –y si no fuera posible la restitución *in natura*, su valor– con sus frutos e intereses a contar desde el momento de la realización de la prestación; ambas, por tanto, tienen carácter retroactivo⁹.

En consecuencia, y en principio, declarada la nulidad de los actos de preparación y adjudicación y, en consecuencia, del contrato, quedan, ya sea por nulidad o anulabilidad, sin soporte jurídico todas las prestaciones y consecuencias que han tenido causa del acto declarado inválido. Las partes deben, así, ser restituidas al estado anterior al que se encontraban a la entrada de vigencia del acto.

Así las cosas, declarada institucionalmente la nulidad de un contrato, este debe eliminarse del ordenamiento jurídico, y, con ella, todos los efectos que aquel presumiblemente hubiera generado, salvo que expresamente una norma o un principio jurídico indiquen o exijan el mantenimiento del acto o alguno de sus efectos¹⁰, dando lugar al restablecimiento jurídico de

9. Tal y como expresa Muñoz Machado (2011: 193): “La supuesta diferencia entre la carencia de la eficacia *ex tunc* de los actos nulos y la ineficacia *ex nunc*, desde que se declara, de la anulabilidad, está desmentida por numerosos supuestos en que los Tribunales declaran la ineficacia *ex tunc* de los actos anulables (por ejemplo, cuando anulan una multa que ya ha sido abonada, decisión que se retrotrae desde luego), o la ineficacia *ex nunc* de actos nulos”.

En el mismo sentido se pronuncia Cano Campos (2005: 48-49), cuando indica: “Otra de las diferencias tradicionales es la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad, frente a los efectos *ex nunc* de la anulabilidad. Las consecuencias de la nulidad de pleno derecho (la tradicional, pero errónea, eliminación del acto o su ineficacia) se producirían desde el momento en que éste se dictó, mientras que si el acto es sólo anulable (regla general en el Derecho administrativo) dichas consecuencias solo se producirían desde el momento en que se aprecia y declara el vicio del acto. Recientemente se ha sostenido, sin embargo, que en el caso de la anulabilidad debe distinguirse entre actos cuya eficacia se agota en una sola aplicación (pago de una multa), en cuyo caso la eficacia de la anulabilidad será *ex tunc* (la cuantía de la multa debe ser devuelta), y actos cuya eficacia se extiende en el tiempo, en cuyo caso la eficacia de la anulación también será *ex tunc* salvo que algún principio, como el de protección de la confianza, deba ser tenido en cuenta y determine la eficacia *ex nunc* de la anulabilidad. Esta diferencia, que muchos autores califican con razón de mito, carece de todo fundamento. Se debe, nuevamente, a un entendimiento erróneo de las consecuencias de la invalidez”.

10. El hecho de que un determinado acto administrativo sea declarado inválido no va a dar lugar, como si de una regla automática se tratara, a la eliminación de los efectos que dicho acto generó desde el momento en que fue dictado hasta el momento en que se declaró inválido. Sin duda alguna el brocardo que afirma que *quod nullum est nullum effectum producit*, y que significa, ni más ni menos, que el acto nulo no puede producir efectos o algún tipo de consecuencias jurídicas, debe matizarse.

Para llevar a cabo un juicio en el que se determine si deben o no suprimirse los efectos o las situaciones jurídicas nacidas al amparo de un acto posteriormente declarado ilegal, debemos conocer y comprender la dinámica existente entre el nacimiento del acto administrativo y su extinción mediante la declaración de invalidez. No basta y no nos sirve para comprender el fenómeno que pretendemos analizar con llevar a cabo, como se suele realizar, un juicio estático sobre la invalidez del acto, esto es, un juicio abstracto en el que únicamente se tenga en cuenta el análisis comparativo de adecuación entre el acto y el ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta que desde que nace ese acto hasta que, mucho tiempo después, un órgano jurisdiccional conoce definitivamente sobre su validez, el acto ha producido efectos o modifi-

la situación anterior al dictado del acto, esto es, se debe restaurar el orden vigente anterior al acto (*in integrum restitutio*).

Por el contrario, la tutela resarcitoria es un tipo de tutela distinta de la restitutoria, siendo los presupuestos necesarios para que surjan diversos. A diferencia de la tutela restitutoria, que pretende restablecer la legalidad restaurando la situación fáctica al momento anterior a la realización del contrato inválido, la tutela resarcitoria tiene como presupuesto determinante el daño, que es el presupuesto necesario del resarcimiento, y tiene como objetivo decidir si el coste del daño sufrido por la víctima debe pasar del patrimonio de la misma al del agente que lo causa¹¹. Precisamente, para

cado la realidad. Por el contrario, para comprender la posibilidad de que los efectos de un acto administrativo declarado inválido no sean eliminados, es necesario realizar un análisis o juicio dinámico que tenga en cuenta la realidad, la mutación fáctica, que el acto administrativo ha creado. La decisión de eliminación de los efectos o situaciones jurídicas emanadas de un acto administrativo no depende o no puede llevarse a cabo a través de un mero juicio de invalidez en el que se contraste la adecuación del acto al ordenamiento jurídico; por el contrario, el juez, a la hora de considerar si procede o no a eliminar los efectos del acto administrativo inválido, debe tener en cuenta toda otra serie de circunstancias, en concreto, si se trata de un acto administrativo declarativo de derecho o de gravamen, si nos encontramos ante un acto administrativo que genera derechos de tracto sucesivo, del tipo de vicio que origina la invalidez, pues no será igual un vicio de forma que un vicio sobre el fondo; de la actuación de la Administración y de los sujetos a los que afecta el acto administrativo, y de ciertos principios jurídicos que concurren tanto en la elaboración del acto administrativo declarado inválido como durante eficacia del mismo hasta su declaración de invalidez, como, por ejemplo, el principio de confianza legítima, el principio de *venire contra factum* propio e, igualmente y como no puede ser de otro modo, la materia concreta en la que se haya dictado acto administrativo del acto, de modo tal que la posibilidad de que no se eliminen los efectos del acto administrativo declarado inválido dependerá de si nos encontramos con un contrato administrativo, una autorización, una adjudicación de un plaza de funcionario, una expropiación forzosa, una subvención, una sanción, etc. En definitiva, son numerosas las circunstancias que permiten modular la idea. Por lo tanto, los jueces, cuando están conociendo de una demanda frente a un acto administrativo, deben llevar a cabo dos juicios, un primer juicio de validez estático en el que se lleve a cabo una comparación entre el acto y el ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, y en caso de que se considere inválido el acto, un juicio de ineficacia, en el que a la luz de los efectos producidos, de las circunstancias concurrentes, del tipo de acto, la gravedad del vicio, la materia, etc., se debe decidir acerca del mantenimiento o no de todos o alguno de los efectos producidos por el acto declarado inválido.

Precisamente, el artículo 42.3 de la LCSP es una concreción de que no toda declaración de invalidez tiene como consecuencia automática la extinción de los efectos del contrato y el cese de las prestaciones. Dicho artículo señala: “3. 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”.

11. Como señala Díez Sastre (2012: 77-78): “Junto a la restitución se sitúa un tipo diferente de tutela: el resarcimiento o compensación, también denominado en Alemania tutela secundaria. A diferencia de la restitución, que se centra en el restablecimiento de la legalidad, esta modalidad de tutela garantiza la reparación o la compensación económica del daño [...] se lleva a cabo un análisis complejo de los requisitos que hacen surgir un deber indemnizatorio: que exista un daño, una relación de causalidad y un título de imputación del daño. Estamos así en el terreno de la responsabilidad [...] La tutela resarcitoria o secundaria tiene, así, unos presupuestos distintos de la tutela restitutoria o primaria. No exige que se compruebe el ajuste de la realidad al Derecho. Sencillamente, deben concurrir los criterios a través de los cuales el Derecho decide que el coste del daño pase del patrimonio de la víctima que lo padece al del agente que lo causa [...] el daño es el presupuesto necesario del resarcimiento [...] en estos casos la tutela no

determinar si existe responsabilidad de la Administración es necesario determinar si existe un daño, una relación de causalidad y un título de imputación del daño, esto es, una razón que justifique que el coste del daño debe ser asumido por la Administración y que, por tanto, el particular no tiene el deber jurídico de soportarlo; título de imputación que pudiera ser la culpa y la ilegalidad (en casos de funcionamiento anormal) o el riesgo, la confianza legítima o el sacrificio (en supuestos de funcionamiento normal)¹².

Precisamente, en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo la culpa se erige en el título de imputación, de modo tal que si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión¹³.

De este modo, mientras que en la responsabilidad patrimonial de la Administración para que nazca la responsabilidad es requisito la exigencia de culpa, sin embargo en la tutela restitutoria no se tiene en cuenta la culpa de las partes a la hora de establecerse la obligación de restitución de las prestaciones.

Del mismo modo, mientras que la culpa en la conducta del administrado puede dar lugar a la ruptura del nexo causal y, por tanto, a la exoneración de la Administración en la responsabilidad patrimonial, por el contrario, la conducta de las partes en nada afecta al deber de restitución de las prestacio-

pretende reintegrar el valor equivalente del derecho subjetivo, sino reparar un daño, que puede corresponderse con el valor económico del derecho o no”.

12. En palabras del profesor Medina Alcoz (2005: 140), “así las cosas, la culpa dejó de constituir, como se dijo, el fundamento mismo del deber de reparación, pasando a ser un simple criterio de imputación de daños, un factor que, junto con otros títulos distintos, permitía trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio de la Administración. El sistema de la LEF rechazaba, por tanto, la concepción monogenética o monocéntrica del Derecho de la responsabilidad civil, adoptando un sistema poligenético o policéntrico que, a partir de una fórmula abierta (la del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) albergaba, no uno, sino diversos títulos de atribución jurídica”.

Como también señala Medina Alcoz (2020: 72), “[...] la LEF desligó la responsabilidad civil de la administración de las funciones propias del derecho penal, estableciendo un sistema policéntrico, que reconoce la culpa o negligencia (funcionamiento ‘anormal’) como título general de imputación, pero que, para ciertos grupos de casos, a través de la referencia a la responsabilidad por ‘funcionamiento normal’, admite el juego de otros factores de atribución (en particular, el sacrificio especial y el riesgo creado, a los que me refiero seguidamente). Esto suponía degradar el criterio culposo de título único a simple (pero importantísimo) criterio general, así como incluir dentro del sistema supuestos que otros ordenamientos dejaban fuera precisamente por rendir aún tributo al monismo culpabilista”.

13. Cfr. Fernández Valverde (2020: 60).

Ahora bien, como señala Medina Alcoz (2020: 87): “Cuando se afirma que una resolución ilegal no es antijurídica si se apoya en criterios razonados y razonables se está diciendo, en realidad, que la Administración ha actuado diligentemente, sin culpa o negligencia. Si la culpa debiera funcionar como título de imputación, el Tribunal Supremo habría, al menos, de decirlo abiertamente. No hacerlo así da pie a numerosos problemas e incongruencias, según he razonado y como argumento a continuación”.

nes (salvo en los casos de causa ilícita regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, de dudosa aplicación en la contratación administrativa).

Precisamente, en la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el órgano jurisdiccional considera que no cabe la responsabilidad patrimonial de la Administración porque el daño no es antijurídico, y ello debido a que la declaración de nulidad de los contratos fue la consecuencia lógica de haberse celebrado estos prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido al efecto, teniendo la reclamante una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos.

Pero no solo son diversos los presupuestos que dan lugar al nacimiento de la tutela resarcitoria y de la tutela restitutoria, sino que el plazo de prescripción de una y otra varía, pues, mientras que el plazo de prescripción de la acción resarcitoria es de un año, el plazo de prescripción de la acción restitutoria es de cuatro años.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que la jurisprudencia que acude a la responsabilidad patrimonial para resolver las consecuencias derivadas de la invalidez contractual es dogmáticamente incorrecta, y ello porque la nulidad de los contratos, cuando las prestaciones se han realizado, da lugar a una acción de restitución de las prestaciones que tiene como objetivo restablecer la legalidad restaurando la situación fáctica al momento anterior a la realización del contrato inválido, mientras que, por el contrario, la tutela resarcitoria tiene como presupuesto determinante el daño, que es el presupuesto necesario del resarcimiento, y tiene como objetivo decidir si el coste del daño sufrido por la víctima debe pasar del patrimonio de la misma al del agente que lo causa, siendo, además, necesario un título de imputación del daño, esto es, una razón que justifique que el coste del daño debe ser asumido por la Administración.

Ahora bien, independientemente de que dogmáticamente la vía adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea errónea, resulta de interés verificar si la solución final adoptada, esto es, que el contratista no tiene derecho a ser resarcido del daño, sería equivalente a la solución que se habría alcanzado con la aplicación de la acción restitutoria y las normas que la regulan.

Vamos, por tanto, a analizar si en nuestro caso, y aplicando las reglas que regulan la acción restitutoria, el contratista que realiza la prestación tiene o no derecho a recuperar la prestación realizada en caso de invalidez del contrato -lo que equivale en la práctica a que le sean abonados los servicios prestados-.

En definitiva, vamos a estudiar los presupuestos para que nazca la acción restitutoria, y si hay límites que impidan la obligación de restituir como consecuencia de la nulidad del contrato.

3

La restitución como efecto derivado de la invalidez del contrato. ¿Son aplicables supletoriamente las reglas del Código Civil que regulan la limitación a la restitución de los contratos nulos?

3.1

La restitución como acción derivada de la nulidad

Tal y como hemos comprobado, el contrato inválido o nulo “no vale”, no siendo idóneo para dar vida a los efectos que el derecho reconoce a los contratos válidos. Sin embargo, el contrato nulo se ha realizado instalándose en el mundo de la realidad jurídica en contra del deber ser. De este modo, cuando el negocio inválido ha producido una mutación, un cambio en la realidad, en definitiva los efectos propios del contrato si hubiera sido válido, hay que destruir esos efectos.

En principio la invalidez produce distintos efectos; así, por un lado, el efecto negativo (o aniquilatorio) que supone la privación de toda eficacia al contrato, es decir, no puede producir los efectos jurídicos que debiera haber producido de ser válido, y, por otro lado, el efecto positivo consistente en la restitución de las prestaciones realizadas.

La regulación de los efectos derivados de la invalidez de los contratos del sector público viene recogida en el actual artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el cual dispone:

“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”¹⁴.

14. El actual texto que regula los efectos de la invalidez de los contratos es idéntico y continúa a la regulación dada en las últimas leyes que han regulado la contratación administrativa.

Así, la regulación de los efectos de la invalidez se inicia con el artículo 47 del Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la

Precisamente, el efecto típico de la nulidad es la obligación de restitución. De este modo, la nulidad no solo tiene como consecuencia el que las partes no tengan el deber jurídico de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, sino que, en el caso de que todas o parte de las obligaciones derivadas del contrato se hayan cumplido, es preciso deshacer lo hecho, restablecer la situación primitiva, mediante la devolución o restitución de lo entregado, para que todo vuelva a quedar como si el contrato no se hubiera realizado jamás.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la declaración de invalidez se realiza con posterioridad a que el contratista haya realizado su prestación y cuando dicha prestación no es restituible –como sería el caso de las obras (pues dicha obra es propiedad de la Administración, dominio público

aplicación de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, el cual establece:

“La anulación de los actos separables previos al contrato, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que haya sido culpable de la anulación, en su caso, deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. Durante la tramitación del expediente de anulación la Administración podrá suspender la ejecución del contrato”.

Posteriormente, se regula en el artículo 66 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando indica:

“1. 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”.

Del mismo modo, el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresamente indica:

“1. 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 igual sentido se expresaba el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando, al regular los efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato, indicaba:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, 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”.

Exactamente igual se establecía en el artículo 35.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al regular los efectos de la declaración de nulidad:

“1. 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”.

generalmente, y es, por tanto, inalienable) y de los servicios (pues, una vez los mismos han sido prestados, no es posible su restitución)-, tal y como señala el artículo 42 de la LCSP, se devolverá el valor de la prestación. En estos supuestos, precisamente, ante la imposibilidad de restituir la prestación, la misma se transforma en la obligación de dar una suma de dinero equivalente al valor de la prestación indebidamente percibida, y que equivale al pago de los servicios o de la obra realizados y no abonados.

Es importante distinguir la obligación de restitución de la obligación de indemnizar los daños causados por el contratista culpable. En efecto, de la teoría general del contrato y del artículo 42 de la LCSP se deriva que la nulidad del contrato no solo puede dar lugar a la obligación de restitución, sino que, además, puede generar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que haya causado la parte que haya incurrido en dolo o negligencia en la formación del contrato. Si bien es cierto que, en numerosos casos, la restitución de las prestaciones con sus frutos derivada de la invalidez satisfará completamente a las partes, en ocasiones la restitución (contratos no ejecutados o ejecutados parcialmente) puede no eliminar todo el daño causado, en cuyo caso cabrá solicitar, junto a la restitución, una indemnización por los daños causados.

De este modo, mientras que la obligación de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato, reconstruyendo y restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato, y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la indemnización de los daños y perjuicios tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante que actúa con negligencia o dolo ha causado, con ocasión del contrato, a la parte perjudicada. Precisamente la acción de resarcimiento y la solicitud de indemnización van a tener como objetivo cubrir aquellos importes económicos (daños) que no se ven resueltos con la restitución de las prestaciones.

La obligación de restitución no es de origen contractual, sino, por el contrario, de origen legal. La restitución es una imposición legal que tiene como objetivo destruir los efectos indebidamente producidos. En otros ordenamientos jurídicos, la nulidad del contrato, con la consiguiente inexistencia de causa de las atribuciones patrimoniales llevadas a cabo en virtud de dicho contrato, da lugar a que el contratante que las ha realizado disponga de una prestación de enriquecimiento (*condictio indebiti*) frente a la otra parte, pues lo ejecutado en cumplimiento de un contrato nulo es indebido¹⁵.

15. Cfr. Díez-Picazo (2007: 579). Como indican Delgado y Parra (2005: 204), "la acción de restitución, propiamente dicha, no existe en otros ordenamientos como el alemán, el francés

Nuestro ordenamiento jurídico por el contrario no se limita a considerar que las atribuciones patrimoniales realizadas en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa sino que otorga a los contratantes una acción específica de restitución.

Precisamente, nuestra Ley de Contratos del Sector Público (al igual que hace el Código Civil) regula los efectos derivados de un contrato nulo y una acción específica para recuperar las prestaciones realizadas, así como las condiciones para su ejercicio y sus limitaciones.

Pues bien, un análisis del artículo 42 de la LCSP pone de manifiesto cómo el mismo no establece limitaciones o presupuestos para proceder a la restitución de las prestaciones, es decir, la LCSP, una vez se constata la firmeza de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, no establece ningún presupuesto adicional, como la culpa o la buena o mala fe de las partes, para proceder a la restitución, sino que la restitución es una consecuencia derivada de la nulidad independientemente de la conducta que hayan podido tener las partes en relación con la causa de nulidad, en nuestro caso, con la participación en la preparación y adjudicación del contrato.

De acuerdo con la LCSP, declarada la nulidad procede de forma automática la restitución de las prestaciones, sin que la culpa o la buena o mala fe de las partes influya en la obligación de restitución.

Precisamente, y a diferencia de lo establecido en el Código Civil, la LCSP no establece limitaciones a la obligación de restitución derivadas de una causa torpe o ilícita, supuestos estos regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil y que sí que atienden a la culpa de las partes a la hora de limitar o no la obligación de restitución.

En efecto, una de las excepciones al artículo 1303 del CC¹⁶, esto es, a la regla general de restitución de las prestaciones en caso de invalidez del contrato, la constituyen los artículos 1305 y 1306 del CC, que establecen reglas especiales en aquellos supuestos en los que las prestaciones se hayan realizado bien cuando el contrato tenga una causa torpe bien de un contrato que proceda de una actividad delictiva.

En concreto, el artículo 1305 del CC indica lo siguiente:

y el italiano. En dichos ordenamientos sirven a los mismos fines las acciones de cobro de lo indebido o enriquecimiento injusto, pero no como acciones específicamente nacidas de la declaración de nulidad, sino como mero reflejo del efecto negativo de la invalidez: cada uno tiene las acciones que tendría si el contrato inválido no se hubiera celebrado”.

16. El artículo 1303, que establece la regla general de restitución de las prestaciones en caso de invalidez de los contratos, señala: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

“Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

El artículo 1306 señala lo siguiente:

“Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.^a Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.^a Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

Pues bien, la pregunta que debemos resolver es si dichos artículos 1305 y 1306 del Código Civil son aplicables o no a los contratos del sector público.

3.2

¿Los artículos 1305 y 1306 del Código Civil son aplicables o no a los contratos del sector público?

La regla general en derecho civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, es que la nulidad del contrato lleva aparejada la obligación de las partes de restituirse las prestaciones realizadas, y si esto no fuera posible, cuando la cosa específica o el servicio que se recibió no se pueda devolver, de conformidad con el artículo 1307, se devolverá su valor en el momento de la pérdida¹⁷.

17. De conformidad con el artículo 1307: “Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”. El artículo 1307 se aplica igualmente a todos aquellos supuestos en los que la prestación es irrestituible (como por ejemplo cuando se contrataron servicios y estos se prestaron), en cuyo caso procede la restitución por equivalente.

Ahora bien, existen supuestos, como la existencia de causa torpe regulada en el artículo 1306, que impiden o excluyen la obligación de restitución del contrato inválido.

Pues bien, dado que, como hemos visto, el artículo 42 de la LCSP no establece supuestos de hecho que limiten la obligación de restitución como consecuencia de la nulidad del contrato, debemos preguntarnos si son aplicables supletoriamente a los contratos del sector público las reglas del Código Civil que regulan las limitaciones a la restitución de los contratos nulos.

De este modo, en el caso de que sean aplicables dichos artículos, existirán supuestos en los que la Administración, una vez declarado nulo el contrato, no tenga la obligación de restituir (pagar) los servicios, suministros, obras, etc., prestados y/o realizados por el contratista y no satisfechos o pagados por la Administración.

En definitiva, si fueran aplicables los artículos 1305 y 1306 del Código Civil a los contratos del sector público, entonces sería posible que su aplicación diera lugar a limitaciones en la obligación de restituir las prestaciones del contrato declarado nulo; por el contrario, si no son de aplicación dichos preceptos, la restitución de la prestación es una consecuencia automática de la nulidad.

En el supuesto de hecho de la Sentencia objeto de este estudio, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, en su Sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, ratificada posteriormente en apelación por la Sentencia núm. 31/2020, de fecha 20 de enero de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, considera que no es correcto acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al entender que la vía correcta es la acción de restitución; ahora bien, dichas sentencias consideran, junto con el Ayuntamiento de Marbella, que “la nulidad de los contratos decretada por el Pleno del Ayuntamiento debía llevar aparejada una solicitud de a restitución de las prestaciones –junto con los frutos e intereses producidos– o el correspondiente equivalente pecuniario (conforme a lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil), debiendo ser tal obligación de cumplimiento simultáneo por ambas parte conforme el artículo 1.308”.

En definitiva, para dichas sentencias, y otras tantas de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸, a los efectos derivados de la invalidez de los

18. Así, por ejemplo, para la Sentencia núm. 161/2010, de 22 febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), JUR 2010\245949, que utiliza la siguiente argumentación “SEXTO. Llegados aquí, y en orden a las consecuencias que para los contratantes se derivan de la declaración de nulidad del contrato, se comparten

contratos del sector público les es de aplicación supletoriamente lo dispuesto en los artículos 1303 a 1308 del Código Civil, y en concreto las limitaciones a la restitución de las prestaciones en los supuestos de causa torpe reguladas en los artículos 1305 y 1306. En nuestra opinión, sin embargo, no es correcta dicha conclusión.

Como es sabido, la actual LCSP, al igual que sus antecesoras, diferencia dos tipos de contratos realizados por los entes del sector público, con un régimen jurídico diverso en lo que se refiere a la regulación de sus efectos y extinción: por un lado, los contratos administrativos, que, en líneas generales, son aquellos que realizan las Administraciones públicas, y que se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP, y, supletoriamente, por las restantes normas de derecho administrativo, o, en su defecto, por las normas de derecho privado; y, por otro lado, los contratos privados, que son aquellos que, en líneas generales, realizan los poderes adjudicadores, los entes del sector público que no son poder adjudicador (entes de mercado), y, en algunos casos, la Administración pública, y que se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por la LCSP, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.

En principio, la regulación que la LCSP realiza en el artículo 42 de los efectos derivados de la nulidad de los contratos como consecuencia de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, es aplicable tanto a los contratos administrativos como a los contratos privados, de modo tal que la regulación de los efectos de la nulidad de los contratos como consecuencia de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación es homogénea, no existiendo diferencias entre los contratos administrativos y los contratos privados.

en su integridad los razonamientos que se contienen en la sentencia apelada tanto en cuanto a la concurrencia de culpas en los contratantes como resulta de la actividad desplegada por ambos conociendo su ilicitud, sin que ninguno de ellos pueda exonerarse al ser manifiesta la voluntad del legislador, vigente desde hacía varios años, puesta de manifiesto en diversas ocasiones por la propia Diputación de Barcelona, y desoída por la parte apelante y por la Corporación municipal, que tan solo inició los trámites legales para poner fin a tan ilícita situación cuando los propios vecinos se percataron de ello. La falta de previsión legal en el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad cuando concurre culpa en ambos contratantes, determina que deba acudir, en aplicación de la supletoriedad prevista en el artículo 7.1, a los que se contienen en el Código Civil, en concreto en el artículo 1306, y a la interpretación jurisprudencial del mismo, que se concreta en que el término 'torpe' hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita que no sea calificable de infracción penal, comprendiendo por tanto no sólo lo opuesto a la moral sino también lo que contraría el orden público o la ley pero sin sanción penal (STS de 2 de abril de 2002). En definitiva, la cuestión debe resolverse, conforme a la regla 1ª del artículo 1306 del Código Civil, de que ninguno de los contratantes, en cuanto culpables ambos de la causa torpe, puede repetir lo dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo ofrecido por el otro, por lo que resulta de todo punto innecesario tratar sobre el daño emergente y el lucro cesante reclamado por la parte apelante".

Ahora bien, la regulación de los efectos derivados de la nulidad en el artículo 42 de la LCSP es muy parca, surgiendo la duda de si, ante supuestos no regulados, como la causa torpe, es posible acudir, para colmar las lagunas que surjan en su aplicación, al Código Civil.

Con carácter general, la doctrina que ha tratado el tema de la aplicación supletoria del derecho civil a los efectos derivados de la invalidez de los contratos, en principio y de forma acrítica, ha considerado que los artículos del Código Civil que regulan la restitución de las prestaciones ante contratos nulos son aplicables a los contratos del sector público¹⁹; ahora bien, cuando dicha doctrina ha profundizado en la posible aplicación de la regulación de las limitaciones a la obligación de restituir de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, ha dudado de su aplicación a los contratos del sector público²⁰.

19. Así lo entiende Santamaría Pastor (2004: 395), cuando indica: "la restitución recíproca de las prestaciones constituye el más clásico de los efectos de la invalidez 'debiendo restituirse las partes recíprocamente las que cosas que hubieses recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor'. Tal es, en síntesis, lo mismo que dicen los artículos 1303 (en cuanto a la restitución in natura) y 1307 (en cuanto a la restitución subsidiaria del valor de la cosa) del Código Civil. En el silencio del precepto, hay que entender aplicables a los contratos administrativos las normas que respecto de la restitución en los diversos supuestos de invalidez, establecen los artículos 1304 a 1306 del propio cuerpo legal".

En los mismos términos se expresa Rebollo Puig (1995: 342), cuando señala, al comentar los preceptos de la LCSP: "es lo cierto que este artículo, pese a todo, consagra la regla de la restitución de forma no muy distinta a la del Código Civil, que en todo caso resultaría aplicable a la contratación administrativa en defecto de regulación específica por establecerlo así la legislación de contratos (art. 4 LCE). Así en suma, se parte de un marco normativo sobre la destrucción de los efectos del contrato inválido similar en Derecho administrativo y civil".

20. Así lo indica Rebollo Puig (2002: 189, 190, 192), que es el único autor que se ha planteado el problema, con las siguientes reflexiones que transcribimos: "La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no merece ser considerada un principio general del Derecho y ello por varias razones. Por lo pronto, es más bien una excepción a una regla general, la de restitución de lo pagado indebidamente y, más en concreto, la de la eliminación de los efectos del contrato nulo con la consecuente restitución de lo entregado (art. 1303 CC). Y, además, esa excepción ni tiene un claro y sólido fundamento ni una naturaleza que permita su extensión ni conduce a consecuencias que se consideren justas en todo caso, sino más bien al contrario. Conviene recordarlo para valorar su eventual aplicación en Derecho administrativo. En la actualidad, se considera que su naturaleza es la de una pena civil, consistente en la privación de la protección jurídica, por una conducta infame, pena que pretende proteger la moral social. Ni aquel discutible fundamento ni esta naturaleza facilitan su extensión fuera del ámbito estricto que marcan los artículos 1305 y 1306 CC. En la misma dirección apunta la cuestionable y cuestionada justicia de la regla que, a veces, conduce a soluciones poco equitativas e, incluso, según se dice poco morales [...] Pero, aunque no hay obstáculos insalvables a esa recepción del *nemo auditur* en nuestro Derecho administrativo y aunque realmente no resultaría aplicable nada más que en supuestos muy excepcionales, hay argumentos en contra. Todo cuanto antes dijimos negando que se trate de un principio general del Derecho, o sobre su carácter excepcional, y sobre su fundamento, naturaleza y discutida justicia, pone en cuestión el acierto de integrar esta regla en Derecho administrativo. Súmese a ello que lo que consagra la legislación de contratos públicos es sólo la restitución de las prestaciones realizadas en virtud del contrato nulo, sea cual fuere la causa de nulidad, incluida la de la causa torpe o inmoral (art. 65 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: '...debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo...', esto es, en virtud del contrato anulado); es decir, una regla equivalente a la del artículo 1303 CC, pero sin la excepción que éste contiene ('...salvo lo que se dispone en los artículos siguientes') y que se plasma precisamente, entre otros, en los artículos 1305 y 1306 [...] Pese a todo, los obstáculos no son insalvables y no

En nuestra opinión, sin embargo, la ausencia de regulación en materia de contratos del sector público de supuestos de hecho que limitan la restitución no supone necesariamente una laguna legal que deba suplirse mediante la aplicación del Código Civil, y ello porque la falta de tipificación de un determinado supuesto de hecho, en nuestro caso la falta de regulación expresa de una limitación a la obligación de restitución, puede resultar querida por el legislador de contratos del sector público; impidiéndose, de este modo, la aplicación supletoria del Código Civil.

Precisamente el hecho de que la LCSP no regule limitaciones a la obligación de restitución y de que no haya regulado un supuesto similar al artículo 1305 y 1306 que elimine la obligación de restitución, se puede deber, y así lo creemos, a una voluntad consciente, pues los supuestos de hecho establecidos en dichos artículos se acoplan mal al derecho administrativo y a los intereses de la Administración.

De hecho, suele ser corriente que las Administraciones traten de aplicar lo dispuesto en el artículo 1306 únicamente en aquellos supuestos en los que el contratista ha cumplido con su prestación y, por el contrario, la Administración no ha cumplido con el pago, tratando de este modo de evitar el pago y obtener un enriquecimiento injusto, actuación esta de la Administración cuando menos dudosa desde un punto de vista ético²¹. Sin embargo, dicho precepto no se alega por la Administración cuando se anula el contrato por causa imputable a la misma, y las prestaciones se ha realizado por ambas partes, supuestos en los que, si fuera de aplicación el artículo 1306 del CC, el administrado podría solicitar la restitución de lo realizado (o su valor) y retener lo realizado.

excluimos por completo que en algunos casos de causa inmoral o de ilicitud cualificada el *nemo auditur*, quizá con algunas adaptaciones, pueda justificar la negación de la restitución de las prestaciones realizadas”.

21. De manera similar se expresa Menéndez Sebastián (2020: 113-114), cuando señala que la Administración siempre va a ser culpable por no haber seguido el procedimiento, y que sería injusto que la misma se aproveche de su propio incumplimiento culpable. En sus palabras: “a mi juicio, la Administración siempre lo es, al menos en los casos aquí expuestos, es decir, una contratación verbal irregular, no por ejemplo si se trata de un exceso que el contratista lleva a cabo de un contrato válido, que es un supuesto distinto. Mi afirmación deriva de que no debemos perder de vista que hablamos de la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato, es decir, de actos de la Administración; Bien es cierto que el contratista puede ser ‘cómplice’ en el sentido de conocedor de la irregularidad de la contratación, pero de ahí imputarle a él la culpabilidad me resulta cuando menos excesivo –con carácter general–; no debe olvidarse que quien es responsable de seguir el procedimiento establecido es la Administración contratante –pudiendo sus autoridades y personal incurrir en distintos tipos de responsabilidad, incluso penal–, y de considerar que hay concurrencia de culpas y, en consecuencia, penalizar a la parte contratada a través de la detración del beneficio industrial – como puede observarse en diversos dictámenes–75, surge la duda de si con ello finalmente la que sale beneficiada no es la Administración, pues recibe la prestación mediante una contratación irregular que finalmente le resulta más económica, al ahorrarse el beneficio industrial, pues recuérdese que la propia LCSP prevé este concepto dentro del valor estimado del contrato”.

Se hace preciso, por tanto, analizar el presupuesto de hecho del artículo 1306 del Código Civil, así como su fundamento, y pensar y argumentar si el mismo pudiera ser de aplicación supletoria, en general a la contratación pública y en particular a la nulidad del contrato, como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del mismo.

3.3 La causa torpe en el Código Civil

Tal y como hemos indicado, una de las excepciones al artículo 1303 del CC, esto es, a la regla general de restitución de las prestaciones en caso de invalidez del contrato, la constituyen los artículos 1305 y 1306 del CC, que establecen reglas especiales en aquellos supuestos en los que existe una causa torpe cuando exista culpa en uno o en los dos contratantes.

Como primera idea cabe señalar que el fundamento de la limitación a la obligación de restitución se encuentra en el adagio o brocardo *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, y no en la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Basándose en el adagio *in pari causa*, el juez, ante un contrato con causa torpe, está facultado para graduar la culpa de ambos contratantes de modo tal que rechazará para ambos contratantes la restitución de las prestaciones cuando ambos sean igualmente culpables, y, por el contrario, permitirá al menos culpable exigir la prestación realizada cuando la desigualdad de la torpeza de uno y otro sea clara.

Así lo señala la generalidad de la doctrina civilista cuando entiende que es necesario realizar una apreciación comparativa de la torpeza de una y otra parte, de modo que solo se privará de repetición a ambas cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando haya desproporción²².

Pues bien, los artículos 1305 y 1306 limitan la obligación de restitución de las prestaciones dependiendo de la "culpabilidad" de las partes en rela-

22. Para Delgado Echeverría (1981: 451), este planteamiento flexible, de apreciación comparativa de la culpa, permite al juzgador mayor margen de apreciación para llegar en cada caso a la solución más equitativa, y armoniza mejor con la última parte del artículo 1305 CC. En los mismos términos se pronuncia López Beltrán de Heredia (1995: 329), cuando afirma: "Del tenor literal de los artículos 1305 y 1306 CC parece desprenderse que nuestro legislador recoge la regla *in pari causa* y no la regla *nemo auditur*. Así se deduce, también, de los antecedentes históricos de estos preceptos, que recogen con bastante fidelidad la legislación de Partidas, redactadas cuando todavía la regla *nemo auditur* no se había consolidado. Con esta interpretación el Juez ante un contrato inmoral está autorizado para graduar la culpa de ambos contratantes, denegar a ambos la repetición cuando sean igualmente culpables y concedérsela al menos culpable cuando la desigualdad de la torpeza de uno y otro sea notable".

ción con el hecho en que consiste la causa torpe o delictiva: “1.^a Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”; y “2.^a Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

De acuerdo con lo preceptuado, pueden darse los siguientes supuestos²³:

a) Si las dos partes han incurrido en culpa, el artículo 1306 diferencia las siguientes situaciones:

1) Si ninguna de las partes ha cumplido con la prestación, no habrá nada que restituir, y no tendrán derecho a exigir las prestaciones derivadas del contrato.

2) Si las dos partes han cumplido con sus prestaciones, la nulidad no conlleva la restitución y ninguna de las partes puede pedir la restitución de la prestación entregada. En este supuesto los efectos del contrato son los mismos que si el contrato es válido, puesto que las partes no vienen obligadas a restituirse los que se entregaron.

3) Si una de las partes ha cumplido y la otra no, dado que las partes no pueden exigir la restitución, la parte que incumplió se enriquece a costa de la primera. Este es el supuesto en el que, habiéndose realizado un contrato verbal y habiendo realizado la prestación el contratista, la Administración se ampara para tratar evitar la restitución de la prestación realizada (“no pagando”).

b) Cuando la causa torpe solo es imputable a una de las partes, nos podemos encontrar con las siguientes situaciones:

1) Si ninguna de las dos partes ha cumplido su prestación, no tendrán nada que restituirse y nada que exigirse.

2) Si las dos partes han cumplido, la parte no culpable puede reclamar la restitución y retener lo recibido. En estos casos, la parte no culpable se enriquece a costa de la culpable. Este sería el supuesto en el que se declara la nulidad de un contrato por un fallo en el procedimiento imputable a la Administración y las dos partes han realizado sus prestaciones.

3) Si solo ha cumplido la parte culpable no puede pedir la restitución y no puede exigir a la parte no culpable que cumpla. De este modo se enriquece la parte no culpable.

23. Vid. González García (2015: 142-143).

4) Si solo ha cumplido la parte no culpable, esta podrá pedir la restitución sin que la culpable pueda exigir el cumplimiento.

Cabe señalar que las consecuencias del precepto han sido duramente criticadas por la doctrina²⁴.

Como señala López Beltrán de Heredia, en una primera y apresurada lectura el artículo 1306 parece un precepto modélico, por cuanto parece castigar a los malos y premiar a los buenos, pero, sin embargo, una lectura más detenida del mismo da paso al desconcierto y a la perplejidad²⁵. Consideran los autores críticos con el precepto que a través del mismo se llega a resultados inmorales, pues cuando los dos son culpables, uno cumplió las obligaciones y el otro no, quien al menos fue fiel a su palabra dada y cumplió, no puede repetir y tampoco puede exigir la contraprestación, de modo que quien no cumplió se enriquece a costa de quien cumplió; se indica que ese enriquecimiento de quien no cumplió y correlativo empobrecimiento de quien cumplió carece de justificación alguna. Del mismo modo, cuando uno de los contratantes sea inocente y el otro culpable no parece que la moral permita que el bueno se enriquezca a costa del malo que precisamente cumplió, cuando pudo no cumplir. Además, el enriquecimiento del inocente carece de causa jurídica. Se entiende que consagrar en una norma el enriquecimiento injustificado no tiene actualmente buen sentido²⁶.

Otra cuestión controvertida es aquella que hace referencia a qué se entiende por causa torpe, esto es, si la misma es equivalente a la causa inmoral, a la causa ilícita, a la ilegal, o a todas ellas²⁷.

24. Cfr. Vázquez de Castro (2003: 364) y González García (2015: 126).

25. Cfr. López Beltrán de Heredia (1995: 308).

26. Cfr. López Beltrán de Heredia (1995: 309).

Para González García (2015: 126): "Estos preceptos –y en particular el artículo 1306 CC– siembran un cierto desconcierto y perplejidad en la medida en que la regla '*nemo auditur*' implica que ninguna persona puede invocar su propia vileza (*'nemo auditur turpitudinem allegans'*), por lo que consolida un negocio con causa torpe (cuando las prestaciones se han efectuado por las dos partes, daría efecto en el ámbito material al negocio inválido), constituye un premio a la inmoralidad (incita a la parte que ha recibido la prestación sin cumplir la suya a demandar la nulidad) y admite el enriquecimiento injustificado de una de las partes (el que cumplió no puede repetir y tampoco puede reclamar la contraprestación); y la regla '*in pari causa*' da lugar a que en caso de igual inmoralidad de las partes (*'in pari causa turpitudinis'*) la acción de repetición resulte inadmisibles (*'cessat repetitio'*), siendo mejor la situación del poseedor (*'melior est causa possidentis'*)".

27. Carrasco Perera (2021: 797) describe los problemas y la confusión en cuanto a la aplicación de los conceptos contrato prohibido, contrato con causa ilícita y contrato con causa torpe, y en consecuencia las dudas en la aplicación de los artículos 6.3, 1255, 1271 y 1306 del CC, con las siguientes palabras: "Nuestros tribunales manejan casi indistintamente los conceptos negocios prohibidos y negocios con causa ilícita. Con todo, este sincretismo no puede ocultar los verdaderos problemas de construcción jurídica, en los que los tribunales apenas reparan. El primer problema es el del régimen jurídico de la nulidad correspondiente a los negocios prohibidos, porque el art. 6.3 CC no contiene propiamente un régimen de esta nulidad (legitimación, plazos, efectos, alcance). Queda entonces por cuestionarse (y a esto jamás se ha dado una respuesta contundente por la jurisprudencia) si este régimen es el propio de las nulidades contractuales

En principio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1275 del CC, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral. En concreto, el precepto señala:

“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

Del mismo modo, el artículo 6.3 del CC indica que son nulos de pleno derecho los contratos contrarios a las leyes imperativas y prohibitivas:

“3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Conforme a dichos preceptos, los contratos sin causa o con causa ilícita, así como los contratos contrarios a las leyes imperativas y prohibitivas, son nulos de pleno derecho y, en aplicación del artículo 1303, no producen efecto alguno, siendo el efecto típico de la nulidad, tal y como hemos visto anteriormente, la restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato inválido.

Por el contrario, como hemos visto, el artículo 1306, que se refiere a los contratos con causa torpe, es una excepción a la obligación de restitución y, en consecuencia, a los efectos que se derivan de los artículos 6.3 y 1275 del CC.

Hay quienes señalan que existe una antinomia entre lo dispuesto en los artículos 6.3 y 1275 y el artículo 1306, pues mientras que el primero señala que los contratos ilegales no producen efecto alguno, por el contrario el artículo 1306, referido a la causa torpe, impide la restitución de las prestaciones, con lo que el contrato inválido sí que ha producido efectos, antinomia que es salvada argumentando que el artículo 1306 no puede hacer referencia a los contratos prohibidos o contrarios a la ley, siendo, por el contrario, exclusivamente de aplicación a los contratos inmorales. Entienden que el artículo 1306 no puede ser una salvedad que regula unos efectos distintos para el caso de contradicción con la norma imperativa o prohibitiva, pues entonces el artículo 6.3 quedaría sin sentido, con lo que el artículo 1306 no se puede aplicar a los supuestos de ilegalidad. Para estos autores, la causa torpe se refiere exclusivamente a los supuestos de inmoralidad, y no a los de ilegalidad²⁸.

(arts. 1261, 1300 y ss. CC). En segundo lugar, supuesto que se resuelve positivamente la primera duda, queda por determinar si el régimen específico de la nulidad contractual de los negocios prohibidos es el general de las nulidades (arts. 1303, 1.307 CC) o el específico de los contratos incursos en causa torpe (arts. 1305 y 1306 CC), a lo que tampoco se ha dado jamás por la jurisprudencia una respuesta contundente y generalizable. Todavía más, no está libre de duda la cuestión si el régimen específico de los contratos incursos en causa ilícita es precisamente el de los arts. 1305 y 1306 CDC, o si estas normas son particulares de algún tipo singular de causa ilícita, y por ende, de algún tipo aún más singular y limitado de contrato prohibido”.

28. Para Vázquez de Castro (2003: 87, 88, 365, 366), “por la propia dinámica en la que se fue acuñando el concepto, en la misma noción de causa ilícita parece que está siempre im-

Por el contrario, hay autores que consideran que la existencia de ilegalidad no impide la apreciación, igualmente, de inmoralidad²⁹. De este modo, consideran que un negocio prohibido con causa ilícita (ilegal e inmoral) es susceptible de ser subsumido en el supuesto de hecho del artículo 1306 CC, esto es, como causa torpe, excluyendo la restitución de la prestación ejecutada al contratante culpable.

pública una connotación de valoración moral o ética del contrato. La causa ilícita del contrato se declara por el matiz inmoral que revista la operación en su conjunto, en la que se persigue lesionar un interés general de orden jurídico o moral. Por tanto, tiene sentido decir que en la mayor parte de las ocasiones los tribunales se van a referir a la causa ilícita en sentido estricto, es decir, cuando se oponen a la moral o buenas costumbres, denominándola causa torpe. La figura de la causa ilícita por vulnerar una norma imperativa o prohibitiva parece que resultaría en cierto modo innecesaria, puesto que su aplicación vendría a coincidir con la aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del CC [...] Es evidente que muchos casos de ilegalidad conllevan, al mismo tiempo, una pronunciada carga de inmoralidad en su operación. No obstante, se ha de ser consciente que los recursos para evitar y controlar la inmoralidad en el contenido de las operaciones contractuales como el de la causa ilícita o causa torpe, son recursos que establece el Derecho para cuando no existen otros medios para combatir esas operaciones [...] En definitiva, la causa torpe es un remedio jurídico que pone el Derecho al alcance de los interesados y en manos de jueces y tribunales para evitar la consecución de los efectos programados en un contrato que, pese que no están expresamente prohibidos por ningún precepto de una ley concreta, resultan rechazados por las buenas costumbres y los principios de orden público que también componen el propio ordenamiento jurídico [...]. "Es decir, ante un contrato que al mismo tiempo resulte ser contrario a la Ley y a las buenas costumbres ¿Qué precepto hemos de aplicar: las reglas contenidas en el art. 1303 CC y por consiguiente la restitución recíproca, o, en cambio, las contenidas en el art. 1306 CC? Pues bien, creemos que, salvo que otra cosa se desprenda de la Ley vulnerada, hemos de aplicar el art. 1303 y la recíproca restitución de prestaciones ya que es la regla general, y no se debe aplicar una regla excepcional pudiendo aplicarse la general. Debe imponerse, en consecuencia, esta interpretación restrictiva de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil".

En términos similares se expresa López Beltrán de Heredia (1995: 337): "El artículo 1306 CC no habla si quiera de causa ilícita, sino de causa torpe. Es cierto que la causa torpe es una causa ilícita, pero el propio Código distingue en el artículo 1275 entre ilicitud de la causa por oposición a la Ley (causa ilegal) e ilicitud de la causa por oposición a la moral (causa torpe). Además, el artículo 6.3 CC afirma que Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Efecto típico de la nulidad es la obligación de restituir todo lo prestado en ejecución del contrato declarado inválido. El artículo 1306 no puede ser una salvedad que establece un efecto distinto con carácter general para el caso de contradicción con la norma imperativa o prohibitiva, pues entonces la disposición contenida en el artículo 6.3 quedaría sin sentido. El artículo 1306 es una norma excepcional que no puede abarcar los supuestos de ilegalidad (al menos indudablemente, no puede abarcarlos todos) [...] Para algunos, ilegalidad o a la contrariedad al orden público no excluyen una ulterior valoración del acto en términos de inmoralidad a fin de denegar al solvens la acción de repetición. Las dos categorías de negocios, ilegal e inmoral, no se excluyen necesariamente entre sí [...] si se acepta la irrepetibilidad de las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de un contrato con causa ilegal susceptible de ser calificado, además como inmoral, se corre el peligro de extender arbitrariamente el juicio de inmoralidad a casi todos los contratos que violen una norma imperativa o prohibitiva, con el agravante que supone acudir a conceptos indeterminados pues el juicio sobre la moralidad depende, en gran medida, de la opinión particular de quien tenga que emitirlo".

29. Este es el parecer de Delgado y Parra (2005: 291-292), quienes indican que "en nuestra opinión la causa torpe apunta a la inmoralidad de una *datio* (por sus motivos o la finalidad que persigue) que se enfrenta a las buenas costumbres en modo tal que resulta proporcionada la pena civil de privación de la restitución [...] La tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos ni de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni esta implica necesariamente contradicción con la ley".

De lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones de la regulación de la causa torpe en el derecho civil, causa torpe que permite limitar y evitar la obligación de restitución tras la declaración de invalidez de un contrato: en primer lugar, que el juez ante un contrato con causa torpe está facultado para graduar la culpa de ambos contratantes, y en segundo lugar, que existen serias dudas de que la ilegalidad de un contrato sea un supuesto de causa torpe.

Pues bien, una vez estudiados los presupuestos y fundamentos de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, se hace necesario analizar en qué medida los mismos encajarían o serían de aplicación a la contratación del sector público, o si, por el contrario, dichos preceptos casan mal y no encajan en los supuestos de nulidad de un contrato del sector público como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato.

3.4

La inadecuación de aplicar los artículos 1305 y 1306 del Código Civil como derecho supletorio a los contratos del sector público

Tal y como hemos visto existen serias dudas en la doctrina civilista de que la causa torpe se aplique a los contratos contrarios a la ley, ahora bien, en el hipotético supuesto de que considerásemos que la causa torpe se aplica a los contratos contrarios a la ley, podríamos concluir que todos los contratos del sector público inválidos como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato tienen causa torpe.

Del mismo modo, hemos visto cómo ante un contrato con causa torpe el juez está facultado para graduar la culpa de ambos contratantes de modo tal que solo se privará de repetición a ambos contratistas cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando uno de los contratantes sea más culpable que el otro, privando de repetición únicamente al más culpable.

Pues bien, en el caso de nulidad de contratos por invalidez de los actos de preparación y adjudicación, podemos afirmar con total rotundidad que la obligación de cumplir con el procedimiento legalmente establecido para preparar y adjudicar el contrato compete fundamentalmente a la Administración y no al particular, de modo tal que el incumplimiento de la obligación de respetar el procedimiento, con la consiguiente nulidad del contrato, es imputable en mayor medida, sin ningún género de dudas, a la Administración³⁰.

30. En este sentido se manifiesta con carácter general la jurisprudencia que considera que la omisión del procedimiento y la nulidad del contrato son imputables a la Administración.

A quien corresponde el deber de cumplir el procedimiento administrativo de adjudicación del contrato, y la que tiene en todo momento el dominio del hecho, es sin duda la Administración, de tal modo que depende de su sola voluntad que el procedimiento se realice o no.

En este sentido, si realizamos una apreciación comparativa de la torpeza o de la culpa en la invalidez del contrato como consecuencia del incumplimiento del procedimiento administrativo de preparación y adjudicación, se puede afirmar que la culpabilidad de la Administración es, sin duda, notablemente mayor que la del particular, que, en la generalidad de los casos, únicamente adopta una conducta pasiva.

Por este motivo entendemos que difícilmente se da el apartado o supuesto del artículo 1306 que exige, para que sea de aplicación, que las dos partes hayan incurrido en culpa, y en el que se señala que si una de las partes ha cumplido y la otra no, dado que las partes no pueden exigir la restitución, la parte que incumplió se enriquece a costa de la primera. Precisamente, es este supuesto el que suele utilizar la Administración para tratar de no restituir la prestación al contratista que la ha realizado. Y consideramos que es de difícil aplicación porque la culpa de la Administración siempre va a ser mayor que la del contratista.

Desde nuestro punto de vista, considerar o atribuir al administrado el mismo grado de culpa que a la Administración (cuando dicha posibilidad es un imposible) y permitir que la Administración que no ha cumplido con el procedimiento, aplicando el artículo 1306, no tenga que restituir su prestación o devolver el valor de la misma si la restitución no fuera posible, enriqueciéndose a costa del administrado, resulta no ya inmoral, sino contrario al principio de enriquecimiento injusto.

Del mismo modo, en los supuestos en que solo una parte es culpable de la causa torpe (o, mejor dicho, más culpable que la otra), y sabiendo que la Administración no puede pagar sino por las prestaciones realmente ejecutadas³¹, las consecuencias podrían ser las siguientes:

Ejemplo de dicha doctrina jurisprudencial es, entre muchas otras, la Sentencia de 22 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), cuando ante un contrato verbal y el intento de la Administración de no pagar, se refiere "al abuso que supone el desentenderse la Administración de obligaciones contraídas basándose en la nulidad de las mismas por infracciones formales causadas por ella".

Igualmente la Sentencia núm. 1577/2020, de 14 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), cuando indica: "téngase en cuenta que si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la Administración".

³¹. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.1 de la LCSP: "1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado".

a) Si las dos partes han cumplido, la parte no culpable puede reclamar la restitución y retener lo recibido. En estos casos la parte no culpable se enriquece a costa de la culpable.

b) Si solo ha cumplido la parte no culpable, esta podrá pedir la restitución sin que la culpable pueda exigir el cumplimiento.

Es decir, de acuerdo con el artículo 1306, en el supuesto de que ambas partes hayan cumplido, la parte no culpable (o menos culpable, que va a ser siempre el contratista) puede reclamar la restitución y retener lo recibido. En estos casos la parte no culpable se enriquece a costa de la culpable. Así, por ejemplo, si fueran de aplicación los artículos 1305 y 1306 al derecho administrativo, pudiera ocurrir que, en aquellos supuestos en los que la Administración pagó por la prestación en un contrato posteriormente declarado nulo, el contratista podría exigir la restitución o el valor de la prestación y retener el pago ya recibido, enriqueciéndose a costa de la Administración. Sin duda alguna no imaginamos que un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo pueda adoptar una decisión en tal sentido.

Por lo expuesto, consideramos que el hecho de que la LCSP, a diferencia de lo establecido en el Código Civil, no establezca limitaciones a la obligación de restitución, es una decisión consciente que tiene como objetivo evitar supuestos de enriquecimiento injusto³².

La aplicación de los artículos 1305 y 1306 da lugar a situaciones injustas que vulneran el principio de enriquecimiento injusto y que, con carácter general, van a perjudicar a la Administración, razón por la cual consideramos que la LCSP no estableció voluntariamente dichas excepciones a la restitución.

De lo expuesto podemos afirmar que la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, es incorrecta al validar una acción resarcitoria vía responsabilidad patrimonial de la Administración para reclamar los servicios prestados y no pagados en virtud de un contrato declarado nulo por haberse adjudicado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, cuando por el contrario lo procedente es el ejercicio de una acción restitutoria, acción esta última que no exige como presupuesto para su nacimiento la culpa de las partes.

32. Estamos de acuerdo con Rebollo Puig (1995: 105) cuando señala: "Es fundamental señalar que si de supletoriedad del Derecho civil se tratara, se ahogaría una de las funciones más relevantes del enriquecimiento injusto en Derecho administrativo, como es, precisamente, la de evitar la aplicación de muy distintos preceptos del Código Civil que regulan concretas situaciones de enriquecimiento injusto [...] el Código Civil no es, como regla general, aplicable, pues el Derecho administrativo autointegra sus lagunas con principios generales como el que prohíbe el enriquecimiento sin causa".

Por lo tanto, el contratista, de aplicar correctamente la LCSP, habría tenido derecho a que se le restituyeran las cantidades reclamadas. En el caso analizado la Administración se ha enriquecido injustamente a cargo del contratista, y dicho enriquecimiento injusto ha sido validado por el Tribunal Supremo.

4

Conclusiones

La acción adecuada para exigir los servicios prestados y no abonados en contratos verbales nulos no es una acción indemnizatoria vía responsabilidad patrimonial extracontractual, sino, por el contrario, una acción de restitución derivada de la nulidad del contrato.

La distinción entre la acción restitutoria y la acción resarcitoria para reclamar los servicios prestados y no pagados en virtud de un contrato verbal declarado nulo por haberse adjudicado sin seguir el procedimiento legalmente establecido es fundamental, y ello porque los presupuestos para la exigencia de dichas acciones son diversos.

De este modo, mientras que la acción de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato, reconstruyendo y restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato, y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la acción indemnizatoria vía reclamación patrimonial extracontractual tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante que actúa con negligencia o dolo ha causado, con ocasión del contrato, a la parte perjudicada.

Precisamente, mientras que en la responsabilidad patrimonial de la Administración, para que nazca la responsabilidad, es requisito la exigencia de culpa y la buena fe o mala fe de las partes, sin embargo, en la tutela restitutoria no se tiene en cuenta la culpa de las partes a la hora de establecerse la obligación de restitución de las prestaciones.

La regulación de los efectos derivados de la invalidez de los contratos del sector público y el cauce adecuado para su ejercicio vienen recogidos expresamente en el actual artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el cual dispone lo siguiente: “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 recíprocamen-

te 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”.

Así, en aquellos supuestos en los que la declaración de invalidez se realiza con posterioridad a que el contratista haya realizado su prestación y cuando dicha prestación no es restituible –como sería el caso de las obras (pues dicha obra es propiedad de la Administración, dominio público generalmente, y es, por tanto, inalienable) y de los servicios (pues, una vez los mismos han sido prestados, no es posible su restitución)–, tal y como señala el artículo 42 de la LCSP, se devolverá el valor de la prestación. En estos supuestos, precisamente, ante la imposibilidad de restituir la prestación, la misma se transforma en la obligación de dar una suma de dinero equivalente al valor de la prestación indebidamente percibida, y que equivale al pago de los servicios o de la obra realizados y no abonados. Y dicha obligación de restitución es independiente de la buena o mala fe de las partes y, en concreto, de la del contratista.

Un análisis del artículo 42 de la LCSP pone de manifiesto cómo el mismo no establece limitaciones o presupuestos para proceder a la restitución de las prestaciones, es decir, la LCSP, una vez se constata la firmeza de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, no establece ningún presupuesto adicional, como la culpa o la buena o mala fe de las partes, para proceder a la restitución, sino que la restitución es una consecuencia derivada de la nulidad, independientemente de la conducta que hayan podido tener las partes en relación con la causa de nulidad, en nuestro caso, con la participación en la preparación y adjudicación del contrato.

A diferencia de lo establecido en el Código Civil, la LCSP no establece limitaciones a la obligación de restitución derivadas de una causa torpe o ilícita, supuestos estos regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil y que sí que atienden a la culpa de las partes a la hora de limitar o no la obligación de restitución.

Consideramos que la ausencia de regulación en la LCSP de supuestos de hecho que limitan la restitución no supone necesariamente una laguna legal que deba suplirse mediante la aplicación del Código Civil, en concreto, los artículos 1305 y 1306 del mismo, y ello porque la falta de tipificación de un determinado supuesto de hecho, en nuestro caso la falta de regulación expresa de una limitación a la obligación de restitución, puede resultar querida por el legislador de contratos del sector público, impidiéndose, de este modo, la aplicación supletoria del Código Civil. Precisamente el hecho de que la LCSP no regule limitaciones a la obligación de restitución, y de que no haya regulado un supuesto similar

al artículo 1305 y 1306 que elimine la obligación de restitución, se puede deber, y así lo creemos, a una voluntad consciente, pues los supuestos de hecho establecidos en dichos artículos se acoplan mal al derecho administrativo, al principio de prohibición del enriquecimiento injusto y a los intereses de la Administración.

En conclusión, declarada la nulidad del contrato por la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, procede de forma automática la restitución de las prestaciones sin que la culpa o la buena o mala fe de las partes influya en la obligación de restitución³³. En consecuencia, en los contratos verbales inválidos el contratista que realiza la prestación tiene derecho a recuperar la prestación realizada –lo que equivale en la práctica a que le sean abonados los servicios prestados–, pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración.

33. Debemos reiterar, de acuerdo con lo expresado, que la culpa de las partes no es un criterio que permita ni evitar, ni limitar, ni modular la obligación de restitución de las prestaciones realizadas y no abonadas como consecuencia de un contrato nulo por la invalidez de los actos de preparación y adjudicación. Por ello no podemos estar de acuerdo con la reciente doctrina del Consejo de Estado que modula el valor de la restitución de la prestación realizada y no pagada en los contratos verbales en función de la conducta del contratista.

Precisamente, el Consejo de Estado, tras rechazar que sea viable acudir a la responsabilidad de la Administración para exigir las prestaciones realizadas y no pagadas derivadas de la contratación verbal, considera, sin embargo –tras afirmar que la acción adecuada es una acción de restitución–, que el importe a abonar se puede modular en función de la culpa del contratista. En concreto, en los dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022, realiza la siguiente afirmación: “el importe de la compensación puede reducirse en atención a la conducta de la empresa contratista, en la medida en que esta pueda influir en la apreciación del nexo causal. En una ya consolidada doctrina, el Consejo de Estado, en supuestos de prestaciones contractuales realizadas al margen del contrato, por no estar en él previstas o por haber expirado la relación contractual, ha reparado en la circunstancia de que la empresa contratista pudiera no ser del todo ajena a la irregularidad que se ha producido, concluyendo que, en tal caso, no puede beneficiarse de ella como si de una aplicación ordinaria del contrato se tratase. De concurrir tal circunstancia, dice la doctrina, no procederá abonar el precio de la prestación facturado sino su coste, que se calculará detrayendo de dicho precio el beneficio industrial que la contratista esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio (entre otros, dictámenes números 843/2017, 906/2019 o 1.112/2019). En algunos casos, no obstante, dada la dificultad que presenta el cálculo de ese beneficio industrial, el Consejo de Estado ha indicado que, en lugar de este, procede extraer un 10 % de las facturas pendientes de abono (entre otros, dictámenes números 506/2017, 842/2017, 80/2019 y 878/2019). De este modo, la indemnización por responsabilidad contractual no incluirá el beneficio de la adjudicataria, en atención a su participación en la producción del daño”.

Cabe criticar vehementemente dicha doctrina, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque, tal y como hemos visto, la restitución es una consecuencia automática de la invalidez, sin que el artículo 42 la limite en función de la culpa o mala fe de los contratistas; en segundo lugar, porque precisamente el artículo 42 es taxativo al señalar que se ha de restituir el valor de la prestación, y el valor es el precio de mercado, en el que, como no puede ser de otro modo, se incluye, necesariamente, el beneficio industrial.

5 Bibliografía

- Cano Campos, T. (2005). La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8.
- Carrasco Perera, Á. (2021). *Derecho de contratos* (3.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Delgado Echeverría, J. (1981). Comentario a los artículos 1300 a 1314. En M. Albadalejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (tomo XVII, vol 2.^o). Madrid.
- Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.^a Á. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato* (sexta edición). Madrid: Civitas.
- Fernández Valverde, R. (2020). La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, 213.
- González García, S. (2015). *La causa de los negocios prohibidos. La vinculación entre la nulidad, la restitución, la reivindicación y la responsabilidad civil*. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos.
- Letelier Wartenberg, R. (2011). *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*. Madrid: Civitas.
- López Beltrán de Heredia, C. (1995). *La nulidad contractual. Consecuencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lozano Cutanda, B. (2022). *¿La declaración de nulidad de un contrato del sector público como causa de responsabilidad patrimonial?* Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones>.
- Medina Alcoz, L. (2005). *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Madrid: Civitas.
- (2020). El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, 213.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones? *CEFLegal*, 232.

Muñoz Machado, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (tomo IV). Iustel.

Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Madrid: Marcial Pons.

— (2002). *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa. *Documentación Administrativa*, 263-264.

Santamaría Pastor, J. A. (2004). La invalidez de los contratos públicos. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*. Madrid: Civitas.

Vázquez de Castro, E. (2003). *Illicitud contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

A stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk with a large circular cutout at the bottom. The branches are thick and curve upwards, ending in numerous small, oval-shaped leaves. The background is a light blue gradient.

QDI 62

**PONENCIAS,
CRÓNICAS
Y NOTAS**

El estado actual de la jurisdicción contencioso-administrativa y las proyectadas reformas de las leyes de eficiencia

FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

- 1. Introducción: los 25 años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)**
- 2. Organización judicial y competencia**
 - 2.1. Evolución y estado actual
 - 2.2. El Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa
 - 2.2.1. *La creación de los tribunales de instancia*
 - 2.2.2. *La supresión de los juzgados de paz y la creación de las oficinas municipales*
- 3. El diseño procesal y procedimental**
 - 3.1. El sistema de la LJCA
 - 3.2. El Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal
 - 3.2.1. *Expediente administrativo electrónico*
 - 3.2.2. *El procedimiento abreviado*
- 4. El sistema de recursos**
 - 4.1. El estado actual del sistema de recursos.
 - 4.2. Las medidas de reforma del Proyecto de eficiencia procesal
 - 4.2.1. *Recurso de apelación*
 - 4.2.2. *Recurso de casación*
- 5. A modo de conclusión**
- 6. Bibliografía**

Resumen

En el presente artículo se efectúa un análisis de los proyectos de ley de eficiencia organizativa, procesal y digital, actualmente en tramitación en las Cortes Generales, desde la perspectiva de su incidencia en la re-

gulación de la jurisdicción contencioso-administrativa. El estudio parte de la identificación de diversos puntos críticos de la situación actual, para valorar la manera en que los mismos son abordados en la reforma proyectada. Se señalan, asimismo, diferentes cuestiones aún pendientes, y se concluye con la formulación de una serie de propuestas de mejora.

Palabras clave: *jurisdicción contencioso-administrativa; eficiencia procesal; digitalización; tutela judicial efectiva.*

The current state of the contentious-administrative jurisdiction and the foreseen reforms of efficiency legislation

Abstract

This article analyses the draft laws on organisational, procedural, and digital efficiency, currently before the Spanish Parliament, from the perspective of their impact on the regulation of contentious-administrative jurisdiction. The article starts by identifying various critical points of the current situation, to assess how they are addressed in the planned reform. The article also points out different issues that are still pending and concludes with the formulation of a set of proposals for improvement.

Keywords: *contentious-administrative jurisdiction; procedural efficiency; digitalisation; effective judicial protection.*

1

Introducción: los 25 años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)

El próximo 13 de julio de 2023 se cumplen los primeros 25 años de la publicación de la vigente LJCA, por lo que es un buen momento para hacer un balance del estado actual de la jurisdicción y de las perspectivas de futuro de la misma que se plantean en el horizonte legislativo más inmediato, con las proyectadas leyes de eficiencia, organizativa, procesal y digital, actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados.

La LJCA supuso una sustancial reforma de la organización de la jurisdicción e incluyó una regulación moderna de algunas instituciones proce-

sales, destacadamente en lo relativo a la actividad impugnabile, así como al tratamiento de los asuntos masa o repetitivos, a través de las instituciones del denominado pleito testigo o la extensión de efectos. Por el contrario, la regulación de los procedimientos, así como del sistema de recursos, era tributaria de la legislación procesal civil anterior, y pronto se vería superada por un diseño procedimental y del sistema de recursos técnicamente más avanzado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

La LJCA sucedió a la Ley de 1956, unánimemente destacada por la doctrina por su calidad técnica, con la que nació una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa en España.

La Ley de 1956 permitía articular dos pretensiones distintas: la anulación del acto y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en un solo tipo de recurso, exigiendo una legitimación diferente según la pretensión de que se tratara. A partir de ahí, el profesor Luis Martín Rebollo destaca, además de la completa judicialización del sistema, el que por primera vez se pueden impugnar los reglamentos; se posibilita el control de la potestad discrecional y se introduce, también por primera vez, la desviación de poder como un vicio del fin de los actos administrativos capaz de producir su anulación¹.

La LJCA sucede a esta legislación y destaca especialmente por la delimitación de la actividad administrativa impugnabile, en sus arts. 25 a 30, donde se pretendía superar el concepto de recurso contra el acto, para evolucionar a un proceso entre partes, centrado en las pretensiones deducidas en el recurso, si bien, en este punto, el magistrado Fernández Valverde afirma que no se han apreciado signos de evolución sobre el intento de superación del recurso contencioso-administrativo como “recurso al acto”².

No obstante, lo cierto es que la LJCA amplió significativamente el ámbito de la actividad impugnabile, al regular un recurso frente a la “actuación”, que incluye la impugnación de la inactividad y vía de hecho, ensanchando el ámbito del control jurisdiccional, lo cual se ha visto reforzado en la evolución jurisprudencial.

Destaca, asimismo, el tratamiento de la impugnación de los actos políticos en el art. 2.a) de la LJCA, respecto del cual la STS de 24 de noviembre de 2003³

1. Martín Rebollo (2019: 36).

2. Fernández Valverde (2019: 275) expresa la continuidad del proceso contencioso como recurso contra el acto en los siguientes términos: “La potenciación del silencio positivo, y la introducción de nuevas categorías recurribles como las citadas de la inactividad administrativa y la vía de hecho, no han influido en la transformación del procedimiento jurisdiccional que nos ocupa como un procedimiento más ‘bilateral’, más ‘entre partes’ –y no contra el acto o contra la actuación de parte–, y, sobre todo, más centrado en la pretensión o pretensiones deducidas en el recurso, y no en el acto como objeto del recurso administrativo”.

3. RC 7786/2000.

declaró que la doctrina del acto político ya no puede invocarse como fundamento de la inadmisibilidad, puesto que su impugnación puede residenciarse ante la jurisdicción, que puede enjuiciar si se respetan los derechos fundamentales y la legalidad de sus elementos reglados. En esta misma línea expansiva del control jurisdiccional, debe destacarse la STS del Pleno de 20 de noviembre de 2013⁴, sobre el control del ejercicio del derecho de gracia.

La flexibilización de los requisitos de impugnación de la actuación de las Administraciones se aprecia, asimismo, en el tratamiento de la impugnación del silencio o de la inactividad continuada, expresando la STS núm. 139/2020, de 5 de febrero, que la impugnación jurisdiccional de la inactividad de la Administración no está sujeta a plazo de caducidad, una vez cumplido el término del requerimiento, el cual puede reiterarse mientras subsista la inactividad.

En esta misma línea, puede destacarse la STS núm. 158/2023, de 9 de febrero, respecto de los actos de iniciación del procedimiento de ejecución forzosa, que viene a admitir un trámite de oposición, vía impugnación del apercibimiento, cuando los motivos de impugnación vayan referidos única y exclusivamente a la falta de los presupuestos de la ejecución forzosa, sin posibilidad de cuestionar la resolución administrativa que se trata de ejecutar, puesto que demorar su planteamiento a la finalización del procedimiento de ejecución podría producir indefensión o perjuicios de difícil reparación, dándole la naturaleza de acto de trámite cualificado.

Otro de los aspectos destacables de la LJCA ha sido el tratamiento de la litigiosidad en masa, dedicándole especialmente tres preceptos, los artículos 37, 110 y 111, que dan solución procesal a la litigiosidad en masa, mediante dos instrumentos procesales como son: (i) el pleito testigo, que proyecta sus efectos sobre los demás procesos subordinados; y (ii) la extensión de efectos de sentencias firmes a terceros que presentan idéntica situación jurídica.

Estos mecanismos procesales presentan una aplicación asimétrica en la práctica, especialmente por la escasa aplicación del pleito testigo, pero lo cierto es que son herramientas eficaces para el tratamiento de los litigios en masa, y de ahí que se proyecte la generalización del procedimiento testigo y de la extensión de efectos en la jurisdicción civil y laboral en la regulación del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal.

En este mismo ámbito de agilización de la litigación en masa, la LJCA introdujo una herramienta de gestión como es la inadmisión *in limine* del art. 51.2, para dar respuesta a los pleitos repetitivos.

4. Recurso número 13/2013.

Aquí debe hacerse una distinción entre pleitos que son “materialmente repetitivos”, pero no “procesalmente repetitivos”. En la jurisdicción, hay familias de asuntos que se hacen repetitivas, puesto que plantean la misma cuestión de fondo, aunque la situación jurídica de los interesados sea diferente. A este efecto, el art. 51.2 de la LJCA previene un supuesto específico de inadmisión cual es el de haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme, lo cual es un elemento complementario que singularmente puede tener validez para el caso de sentencias desestimatorias.

Estas breves consideraciones introducen el análisis del estado actual de la jurisdicción y sus perspectivas, especialmente las que pueden derivarse de los proyectos de eficiencia que actualmente se están tramitando en el Congreso de los Diputados.

Destacan tres puntos de interés a efectos sistemáticos: 1) organización judicial y competencia; 2) diseño procesal y procedimental; y 3) sistema de recursos.

2 Organización judicial y competencia

2.1 Evolución y estado actual

Una de las novedades más importantes de la LJCA fue la de la creación de los órganos unipersonales en la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual ha sido un punto de inflexión muy relevante en la mejora del tiempo de respuesta a los recursos que se plantean en la jurisdicción.

La creación de los juzgados de lo contencioso-administrativo suscitó poco entusiasmo en la tramitación parlamentaria de la Ley de 1998, puesto que una parte de la doctrina era decididamente partidaria del sistema francés, donde la revisión de la actividad administrativa se hace de forma colegiada⁵.

Ello explica la renuencia a crear una verdadera jurisdicción de primera instancia en lo contencioso y la opción por la dualidad entre primera y única

5. López-Medel Báscones (2019) fue uno de los ponentes de la Ley de 1998, quien describe la polémica sobre la implantación de los juzgados, prevista en el proyecto de reforma de la LOPJ, por la oposición de sectores de peso, académico y judicial, que creían en el dogma de la colegialidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que determinó que se restringiera el ámbito competencial proyectado en la tramitación parlamentaria, si bien con la previsión de que pudiera ampliarse posteriormente.

instancia, con prevalencia de esta última, siguiendo un criterio de atribución eminentemente subjetivo, en función del autor de la actividad impugnada, con algunas correcciones por razón de la materia o de la cuantía.

La organización de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo mantiene en sus rasgos esenciales el diseño estructural de la Ley de 1998, buscando ciertas equivalencias entre el ámbito administrativo territorial (local, autonómico y estatal) y la organización de tribunales (juzgados provinciales, tribunales superiores de justicia y Audiencia Nacional, respectivamente).

Este sistema organizativo ha sido muy criticado, puesto que el criterio orgánico de atribución competencial produce incoherencias en su aplicación, lo que ha generado un alto grado de conflictividad en la determinación de la competencia objetiva, al establecerse la competencia en función del órgano al que se imputa la actuación recurrida⁶.

Este criterio orgánico de atribución permite, asimismo, que pueda alterarse la competencia en función de cambios en la competencia, realizados en el ejercicio de potestades de autoorganización administrativa, lo cual puede suponer una alteración del sistema competencial de control jurisdiccional.

Sobre el diseño inicial de la LJCA, se produjo una modificación relevante en la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, que vino a considerar a los juzgados provinciales como “jueces naturales” de los actos de las entidades locales⁷.

A partir de la reforma de 2003, el marco organizativo y competencial no ha evolucionado significativamente, de modo que los juzgados unipersonales tienen una competencia muy limitada, y que la base de la pirámide organizativa de la planta son las salas de los tribunales superiores de justicia.

Este diseño competencial, donde los juzgados no asumen el grueso de la función jurisdiccional en la instancia, contrasta con el elevado número de asuntos que resuelven en única instancia, habida cuenta del elevado techo en el que se fija el recurso de apelación, singularmente tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre⁸, de modo que la gran mayoría de

6. Alonso Mas (2013: 112).

7. Palomar Olmeda (2004: 16).

8. Huelin Martínez de Velasco (2011: 2642) comenta esta 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); desde la perspectiva del justiciable no deja de ser preocupante, ya que debe jugárselo todo a una carta, sin una segunda oportunidad...”.

sentencias dictadas por los juzgados no son recurribles. A ello debe unirse que la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, universalizó el recurso de casación contra las sentencias dictadas por los órganos colegiados.

Por tanto, la resistencia a la creación de una primera instancia de órganos unipersonales en la jurisdicción contencioso-administrativa presenta significativas contradicciones con el estado actual de la jurisdicción, donde la mayor parte de las sentencias de los juzgados son de única instancia, sin posibilidad de recurso, en tanto que todas las sentencias de los órganos colegiados pueden recurrirse en casación, tanto las dictadas en única instancia, como en segunda instancia.

Sobre esta organización de la jurisdicción, puede incidir la legislación en proyecto, que se está tramitando en el Congreso de los Diputados, concretamente el *Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios*, cuya versión más actualizada se recoge en el Informe de la Ponencia (BOGC 31 enero 2023).

2.2

El Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa

El Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa presenta, como principales novedades, la creación y constitución de los tribunales de instancia, así como la evolución de los juzgados de paz a oficinas de justicia en los municipios.

2.2.1

La creación de los tribunales de instancia

La creación de los tribunales de instancia ya se planteó en sendas iniciativas de los años 2011 y 2014, con una idea más ambiciosa, sobre todo en el Anteproyecto de 2014, que optaba por crear tribunales provinciales de instancia.

Lo primero que hay que puntualizar es que el Proyecto de 2023 configura los tribunales de instancia como órganos colegiados desde el punto de vista organizativo, pero no constituyen auténticos órganos jurisdiccionales, puesto que los órganos son las secciones que integran los tribunales de instancia, en el caso las secciones de lo contencioso-administrativo, que a su

vez se integran por jueces y magistrados, designándose las plazas judiciales por numeración cardinal.

En consecuencia, los órganos a los que la ley atribuye competencia objetiva y funcional para conocer los asuntos son las secciones que integran los tribunales, lo cual permite avanzar que el modelo de órgano unipersonal no se modifica sustancialmente, de modo que se trata de una reforma más bien orientada al ámbito organizativo de los órganos jurisdiccionales.

La previsión de funcionamiento colegiado del tribunal de instancia se reduce a los casos establecidos en el art. 84.6 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, proyecto LOPJ). Por tanto, el tribunal de instancia funciona unipersonalmente por regla general y, por excepción, puede funcionar colegiadamente para determinado asunto para conocer en primera instancia de un procedimiento de cualquier orden jurisdiccional, si se solicita por la Presidencia de los tribunales de instancia, en función de las circunstancias concurrentes, y se aprueba por la Sala de Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial.

La reforma proyectada no supone una modificación sustancial en el ejercicio de la jurisdicción por los órganos unipersonales, puesto que las secciones de lo contencioso de los tribunales de instancia responden a idénticos criterios organizativos que los actuales juzgados (art. 93 proyecto LOPJ), ni tampoco se establece alteración alguna en la distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo.

2.2.2

La supresión de los juzgados de paz y la creación de las oficinas municipales

Mayor calado supone la previsión de la supresión de los juzgados de paz, que han tenido un papel destacado en la realidad jurídica española, desarrollando una función esencial en el ámbito de la justicia municipal, desde su concepción originaria en el siglo XIX. Tras las sucesivas reformas de la legislación orgánica, las competencias de los jueces de paz quedaron muy reducidas, lo cual no obsta a reconocer la esencial función desempeñada, como se hace en la exposición de motivos de la Ley.

La supresión de los juzgados de paz determina la creación de las oficinas de justicia en los municipios, según la regulación establecida en los arts. 439 ter, 439 quáter y 439 quinquies de la proyectada LOPJ. El Proyecto caracteriza las oficinas de justicia en los municipios como aquellas unidades que, sin estar integradas en la estructura de la oficina judicial, se constitu-

yen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la prestación de servicios a la ciudadanía de los respectivos municipios, añadiendo que tales oficinas existirán en cada municipio donde no tenga su sede un tribunal de instancia, prestando servicios en las localidades donde se encuentren ubicadas.

El artículo 439 ter del proyecto LOPJ define las oficinas de justicia en los municipios como aquellas unidades, no integradas en la oficina judicial del partido judicial, que se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la prestación de servicios a la ciudadanía de los respectivos municipios. Además, regula los aspectos relativos a su dotación y la gestión de sus instalaciones, medios instrumentales y otros medios necesarios para el desarrollo de sus funciones. Así, las instalaciones y los medios instrumentales de estas oficinas estarán a cargo del ayuntamiento respectivo, salvo cuando fuere conveniente su gestión total o parcial por el Ministerio de Justicia o la comunidad autónoma con competencias asumidas en materia de justicia. En cualquier caso, los sistemas y equipos informáticos de las oficinas serán facilitados por el Ministerio de Justicia o la comunidad autónoma respectiva en los casos en que tengan asumidas las competencias en materia de justicia.

El artículo 439 quáter enumera los servicios que se prestarán desde estas oficinas de justicia en los municipios, con una amplitud superior a los desarrollados en la actualidad por los juzgados de paz. Además de asumir, como hasta el momento, la práctica de los actos de comunicación procesal con quienes residan en el municipio, estas oficinas prestarán, entre otros, servicios de colaboración con el Registro Civil y con las unidades de medios adecuados de solución de controversias y de gestión de solicitudes de la ciudadanía relacionadas con la Administración de Justicia, contemplándose, asimismo, que cumplan una función de deslocalización de trabajo de tribunales y oficinas judiciales⁹.

9. El artículo 439 quáter establece que, en las oficinas de justicia de los municipios, se prestarán los siguientes servicios: a) la práctica de los actos de comunicación procesal con quienes residan en el municipio o municipios para los que preste sus servicios, siempre que los mismos no se hayan podido practicar por medios electrónicos; b) los que, en su calidad de oficina colaboradora del Registro Civil, se establezcan en la ley o por vía reglamentaria; c) la recepción de las solicitudes de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y su remisión a los Colegios de la Abogacía encargados de su tramitación, así como las restantes actuaciones que puedan servir de apoyo a la gestión de estas solicitudes y su comunicación a los interesados; d) las solicitudes o gestión de peticiones de la ciudadanía, dirigidas a las gerencias territoriales del Ministerio de Justicia u órganos equivalentes en aquellas comunidades que tienen asumidas competencias en materia de Justicia; e) la colaboración con las unidades de medios adecuados de solución de controversias existentes en su ámbito territorial, en coordinación con la Administración prestacional competente; f) la colaboración con las Administraciones públicas competentes para que, en cuanto el desarrollo de las herramientas informáticas lo permita, se facilite a jueces, juezas, magistrados y magistradas, fiscales, letrados y letradas de la Administración de

Los puestos de trabajo de las oficinas de justicia en los municipios, cuya determinación corresponderá al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos, se cubrirán por personal de los cuerpos de funcionarios y funcionarias al servicio de la Administración de Justicia. En las respectivas relaciones de puestos de trabajo se podrán incluir determinados puestos a cubrir con personal de otras Administraciones públicas, siempre que reúnan los requisitos y condiciones establecidos en aquellas.

3

El diseño procesal y procedimental

3.1

El sistema de la LJCA

El sistema de la LJCA presenta dos procesos tipo como son el ordinario, el cual está previsto para los órganos colegiados, así como para determinados asuntos de mayor relevancia por razón de la materia o cuantía seguidos ante los órganos unipersonales, y el procedimiento abreviado, el cual se conforma como un verdadero “procedimiento ordinario” ante los órganos unipersonales.

La regulación procesal de la LJCA destaca porque introduce mecanismos que permiten pronunciamientos tempranos sobre la inadmisibilidad de los recursos, concretados en el tratamiento procesal de la falta de jurisdicción y competencia (arts. 5 y 7 LJCA), la inadmisión *in limine* del recurso (art. 51 LJCA) y el trámite de alegaciones previas (arts. 58 y 59 LJCA). La reforma operada por la Ley 13/2009 supuso un cambio en la estructura procesal, con distribución de funciones entre el juez y el letrado de la Administración de Justicia, lo que determina que, por lo general, el juez o magistrado ponente entra en contacto con el proceso en momentos avanzados del mismo en el caso del proceso ordinario.

La regulación de los procesos y procedimientos adolece de ciertas deficiencias, sobre todo si se compara con la más moderna regulación que se recoge en la LEC de 2000.

Justicia y al personal al servicio de la Administración de Justicia que no esté integrado en las relaciones de puestos de trabajo de dichas oficinas, el desempeño ocasional de su actividad laboral en estas instalaciones, comunicando telemáticamente con sus respectivos puestos; g) aquellos otros servicios que figuren en convenios de colaboración entre diferentes Administraciones públicas.

La regulación del proceso ordinario sigue el esquema de fase alegatoria, saneamiento, prueba y conclusiones, pero el sistema de depuración o saneamiento de vicios procesales plantea un escaso juego aplicativo en la práctica forense, pese a que la LJCA establece mecanismos para que estas cuestiones se resuelvan antes de la finalización del proceso.

Sobre este esquema procesal, la reforma de la Ley 37/2011 produjo un desajuste estructural en el proceso ordinario, al prescribir que la proposición de prueba debía realizarse por la parte actora en su escrito de demanda. Ello supone que la proposición de prueba debe realizarse antes de conocerse la contestación a la demanda, cuando lo cierto es que los hechos controvertidos vienen determinados por la oposición que hace la demandada, que asimismo condiciona la elección de medios de prueba.

En el ámbito del procedimiento abreviado, la problemática derivada de la dilación en los señalamientos de las vistas determinó la opción legislativa de regular los procedimientos sin vista, lo cual se introdujo en la reforma de la Ley 37/2011, cuestión esta en la que se vuelve a incidir en la legislación procesal en proyecto.

3.2 El Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal

El día 22 de abril de 2022 se publicó en el BOCC el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados.

La legislación proyectada se integra en una reforma más amplia que alcanza a la legislación orgánica judicial y a la digitalización (Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa –BOCC de 22 de abril de 2022–, al que ya se ha hecho referencia anteriormente, y Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia, aprobado el 19 de julio de 2022).

En el ámbito del proceso contencioso-administrativo, las reformas procesales se recogen en el Título II del Proyecto, y pretenden dotar de una mayor agilización a la tramitación de los procedimientos judiciales.

Hay una serie de modificaciones de menor calado que afectan a cuestiones tales como jurisdicción y competencia, finalización del proceso y títulos ejecutivos. En este punto, el análisis se concretará en las dos modificaciones de mayor calado que tienen relación con el procedimiento, como son las que se refieren al expediente administrativo electrónico y al procedimiento abreviado, siendo este el ámbito más destacado de la reforma de la fase declarativa del proceso.

3.2.1 Expediente administrativo electrónico

La finalidad de agilización y de conseguir la efectiva transformación digital de la Administración de Justicia determina que se reforme el art. 48 de la LJCA, introduciendo la obligación de que la remisión por la Administración a los órganos jurisdiccionales del expediente administrativo en los distintos procedimientos que regula la ley haya de realizarse en soporte electrónico.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo había apuntado en varias sentencias¹⁰ que el expediente administrativo electrónico debía reunir los requisitos del art. 70 de la LPAC, considerado como un conjunto ordenado de documentos en formato electrónico, donde se destaca especialmente el papel del índice como elemento esencial de interrelación y manejo del expediente, el cual había de permitir la consulta desplegando las hojas sin necesidad de visualizar todas las páginas cada vez que se optara por comprobar o contrastar un dato, por lo que censura la forma en que el expediente fue remitido por el Ayuntamiento, confeccionado con el modo amontonamiento, esto es, por simple escaneado de las hojas de papel del expediente administrativo original, impidiendo así la búsqueda ágil, que es el objetivo último de la administración digital, obligando, en cambio, a visualizar todas y cada una de las hojas en la pantalla del ordenador cada vez que se consulta un documento.

El art. 48.4 del Proyecto recoge la obligación de remitir el expediente en soporte electrónico, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. Al remitir el expediente, la Administración debe identificar al órgano responsable del cumplimiento de la resolución judicial. Por su parte, el art. 55.1 del Proyecto incorpora expresamente el concepto de expediente recogido en el art. 70 de la LPAC, en la línea ya apuntada por la jurisprudencia, estableciendo que se entenderá que el expediente administrativo está integrado por los documentos y demás actuaciones que lo conforman según lo dispuesto en el artículo 70 de la LPAC, lo cual acota los concretos documentos y antecedentes que han de formar parte del mismo, a efectos, asimismo, de la admisión de las solicitudes de complemento. Finalmente, la disposición adicional undécima de la LJCA, añadida por el Proyecto, establece que las referencias al expediente administrativo contenidas en la LJCA se entenderán hechas al expediente administrativo en soporte electrónico.

10. *Vid.*, por todas, STS núm. 930/2022, de 6 de julio (JUR 2022, 240351).

3.2.2 El procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado fue una novedad de la Ley de 1998, vinculada a la creación de los órganos unipersonales en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con una regulación inspirada en el juicio oral laboral, farragosa y con ciertas deficiencias técnicas, pero que pronto se vería superada por la más moderna regulación del juicio verbal de la LEC de 2000.

En cualquier caso, el procedimiento abreviado es una herramienta procesal eficaz, por lo que se amplió su ámbito objetivo en las sucesivas reformas. La mayor problemática que se produjo en su aplicación práctica fue la progresiva dilación en los señalamientos, fruto de que no estaba exceptuada la vista en ningún caso, lo que determinó la reforma operada por la Ley 37/2011 para instaurar el procedimiento abreviado sin vista, lo cual no ha tenido eficacia significativa, puesto que se siguen dilatando muchos meses las resoluciones de los procesos por la gran sobrecarga que padecen las agendas de señalamientos de los juzgados.

Esta falta de eficacia deriva de que la tramitación del procedimiento abreviado sin vista está condicionada al consenso entre las partes, de modo que deben concurrir cumulativamente las circunstancias de que la actora solicite en su demanda que el proceso se falle sin vista, y que la parte demandada conteste a la demanda sin solicitar su celebración¹¹. La problemática que ha planteado esta reforma es que la petición de fallo sin vista de la actora se puede ver condicionada por su desconocimiento de la contestación y que la parte demandada es quien a la postre decide si se celebra o no vista, incluso por razones de estrategia procesal, puesto que no debe ofrecer ningún argumento para que se proceda a celebrar la vista, lo cual, además, evita el trámite de contestación escrito.

En el procedimiento abreviado, se introducen mejoras técnicas significativas, si bien el Proyecto mantiene a grandes rasgos los principios del sistema vigente en cuanto a los supuestos de resolución del procedimiento sin celebración de vista.

11. Art. 78.3.III LJCA: "No obstante, si el actor pide por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la misma a las partes demandadas para que la contesten en el plazo de veinte días, con el apercibimiento a que se refiere el apartado primero del artículo 54. Las partes demandadas podrán, dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, solicitar la celebración de la vista. En dicho caso el Letrado de la Administración de Justicia citará a las partes al acto conforme a lo previsto en el párrafo anterior. En caso contrario, el Letrado de la Administración de Justicia procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57, declarando concluso el pleito sin más trámite una vez contestada la demanda, salvo que el Juez haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 61".

a) Tramitación sin vista. La posibilidad de resolver el procedimiento abreviado sin vista se introdujo en la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, partiendo del principio de hacer descansar la iniciativa de resolver sin vista en la parte actora, quien debe solicitarlo con su escrito de demanda por medio de otrosí, cuando lo cierto es que no tiene el expediente administrativo cuando formula demanda, ni sabe si la Administración va a oponer cuestiones fácticas, por lo cual en ocasiones resulta muy poco operativo en la tramitación del procedimiento. A ello se añade que las partes demandadas pueden pedir la celebración de vista, señalándose por la sola petición de parte, lo que puede producir el efecto de dilatar considerablemente la resolución del pleito, atendida la gran sobrecarga que padecen las agendas de señalamientos de los juzgados.

En el Proyecto, se reforma el art. 78.3 de la LJCA a fin de sujetar al control jurisdiccional la petición de las partes demandadas de celebración de vista, de manera que la solicitud debe formularse en los diez primeros días del plazo de contestación a la demanda de forma motivada, argumentando a tal fin en qué hechos existe disconformidad y qué medios de prueba, distintos de los ya obrantes en actuaciones, habrían de ser practicados para despejar esa disconformidad. El juez o la jueza decide sobre dicha solicitud mediante auto¹².

No obstante, la iniciativa para no celebrar vista sigue siendo del actor, quien no siempre dispone de los elementos necesarios para valorar si es necesaria o no la práctica de prueba, por no tener el expediente, ni conocer la oposición de la Administración, especialmente en los casos donde anteriormente no se ha pronunciado expresamente, como son los casos de actos presuntos o de inactividad. En este punto, parece que sería más conveniente que la iniciativa la tuvieran las partes demandadas, lo cual debería determinar, en primer lugar, que la contestación de la demanda se presentara necesariamente por escrito, y, en segundo lugar, que en dicha contestación se indicara si se considera o no necesaria la celebración de vista, dando entonces el trámite al actor.

12. El art. 78.3 del Proyecto tiene la siguiente redacción respecto de los procedimientos sin vista: "No obstante, si el actor pide por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia dará traslado de la misma a las partes demandadas para que la contesten en el plazo de veinte días, con el apercibimiento a que se refiere el apartado primero del artículo 54. Una vez contestada la demanda, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57, declarando concluso el pleito, salvo que el juez o la jueza haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 61. Dentro de los diez primeros días del plazo para contestar la demanda, las partes demandadas podrán solicitar que se celebre la vista, argumentando a tal fin en qué hechos existe disconformidad y qué medios de prueba, distintos de los ya obrantes en actuaciones, habrían de ser practicados para despejar esa disconformidad. El juez o la jueza decidirá sobre dicha solicitud mediante auto".

Este esquema se aplicó por el CGPJ en el Documento de Trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque de la Administración de Justicia tras el estado de alarma, y es el que sigue la reforma del juicio verbal de la LEC operada por la Ley 42/2015, en el vigente art. 438 de la LEC.

Ello implicaría suprimir la iniciativa del actor y que el juez resolviera sobre la necesidad de vista si las partes no estuvieran conformes, de modo que, una vez que las partes demandadas contestaran a la demanda, manifestando motivadamente por otrosí si debe o no celebrarse vista, debería darse traslado al demandante para que se pronunciara sobre la pertinencia de la celebración de vista. Si ninguna de las partes la solicitase, o si las partes no estuviesen conformes y el tribunal no considerase pertinente su celebración, debería procederse al dictado de sentencia.

Por otra parte, en el ámbito de la vista, se introduce como mejora técnica la regulación expresa de las diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio, de modo similar a la regulación del juicio verbal civil y del juicio laboral, de modo que el letrado o la letrada de la Administración de Justicia debe acordar lo que corresponda para posibilitar su práctica, sin perjuicio de lo que el juez o tribunal decida sobre su admisión o inadmisión en el acto del juicio.

b) Sentencia oral. La segunda reforma importante en el procedimiento abreviado es la que se refiere a la fase de resolución, en cuanto a la posibilidad de que el juez o la jueza dicte sentencia oral. En la Exposición de Motivos se expresa que esta facultad que se ofrece al órgano jurisdiccional guarda coherencia con la esencia del procedimiento, que se sustenta en el principio de oralidad, y conllevará una agilización de la decisión en los casos en que se opte por su empleo.

El art. 78.20 del Proyecto establece que el juez o la jueza dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista. No obstante, la sentencia se podrá dictar oralmente al concluir dicho acto con los requisitos de forma y consecuencias previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 210 de la LEC, y pronunciando su fallo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 68 a 71 de la LJCA.

Con relación a la sentencia de viva voz, existen opiniones de distinto signo. En línea positiva, se considera un instrumento idóneo para la agilización resolutoria, especialmente si se excluye la necesidad de documentar por escrito la resolución dictada oralmente. En la parte negativa, se ha criticado que no añade ventajas significativas a la agilización procesal e, incluso, puede producir efectos negativos en los asuntos en los que no cabe ulterior recurso, donde hay que reforzar los principios de congruencia, motivación y exhaustividad de las sentencias¹³.

13. Aquí debe tenerse en cuenta que el art. 210 de la LEC no dispensa de redactar la sentencia (v. *gr.*, art. 210.3 LEC: "La sentencia se dictará al concluir el mismo acto de la vista en presen-

En los asuntos recurribles, la sentencia de viva voz puede agilizar si alcanza firmeza en ese momento, conforme al art. 210.4 LEC; en otro caso, es necesario redactar la sentencia de forma exhaustiva para la resolución del recurso por el tribunal de apelación, lo cual puede generar contradicciones o desajustes con la resolución oral.

4

El sistema de recursos

4.1

El estado actual del sistema de recursos

La LJCA de 1998 modificó sustancialmente la estructura orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, creando los órganos unipersonales, de manera que optó por un sistema de recursos devolutivos que pivotaba sobre la apelación y la casación, al igual que en el proceso civil, si bien este último recurso se desdoblaba en tres modalidades –ordinaria, unificación de doctrina e interés de ley– que respondían a requerimientos derivados de perfiles propios de la jurisdicción contenciosa.

En cuanto al recurso contra las resoluciones dictadas por los órganos unipersonales, el legislador optó por 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 que no era transferible el principio de doble instancia penal al ámbito del proceso administrativo en general, incluyendo las resoluciones de derecho administrativo sancionador.

El sistema impugnatorio se complementaba con los recursos de casación en interés de ley, por infracción tanto de norma estatal como autonómica, para las sentencias dictadas en única instancia de los arts. 100 y 101 LJCA 1998, de legitimación limitada a la Administración, entidades o corporaciones y Ministerio Fiscal, y por la Administración de la comunidad

cia de las partes, sin perjuicio de su ulterior redacción por el juez, la jueza o el magistrado o la magistrada. Se expresará si la sentencia es o no firme, indicando, en este caso, los recursos que procedan, órgano ante el cual deben interponerse y plazo para ello”).

autónoma, cuando estimaran gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.

Sin embargo, la LJCA 1998 no incluyó la contradicción entre órganos unipersonales en el ámbito de la unificación de doctrina, pues la misma se limitaba a las que se producían entre sentencias de las salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y tribunales superiores de justicia.

En cuanto al recurso contra las sentencias dictadas por órganos colegiados, la Ley recondujo todos los supuestos a la casación en sus tres modalidades –ordinaria, de unificación de doctrina y por interés de ley–, limitada a las sentencias dictadas en única instancia, de manera que las sentencias dictadas en apelación no eran recurribles salvo en la modalidad de interés de ley en derecho estatal y en la de unificación de doctrina autonómica.

La instauración del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa se había producido en fechas recientemente anteriores a la promulgación de la Ley de 1998, en la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, en cumplimiento de la previsión orgánica establecida en el art. 58 de la LOPJ de 1985.

En los antecedentes, la Ley de la Jurisdicción de 1956 ya incluía en su regulación el recurso de apelación contra las sentencias de las audiencias territoriales, del que conocía el Tribunal Supremo. Sin embargo, la nueva organización judicial que debía derivarse de la atribución competencial a la Audiencia Nacional, a los tribunales superiores de justicia y a los juzgados de lo Contencioso-Administrativo, llevó al legislador a derogar las normas reguladoras del recurso de apelación en materia contencioso-administrativa por disposición derogatoria segunda de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Esta regulación dejaba un amplio ámbito de resoluciones de los órganos colegiados que no tenían acceso a la casación, al fijarse una elevada cuantía para la casación ordinaria, tasarse los supuestos de acceso cualitativo y restringirse la unificación de doctrina a sentencias de única instancia de cuantía superior a 18 000 euros.

Las carencias del sistema inicial se concretaban sustancialmente en dos aspectos: (i) la inexistencia de mecanismos específicos de tutela de derechos procesales en las resoluciones no recurribles; y (ii) la existencia de zonas de irrecorribilidad donde el criterio prevalente era el de la cuantía, permitiendo espacios amplios de contradicción, no remediabiles, entre los órganos jurisdiccionales, especialmente los unipersonales.

Estas carencias se pusieron de relieve con mayor intensidad con la promulgación ulterior de la LEC de 2000, donde se diseñó un sistema de recursos más moderno, modificando sustancialmente el sistema de recursos

extraordinarios con la regulación de dos recursos distintos como el de infracción procesal y el de casación.

El recurso por infracción procesal estaba llamado a ser un mecanismo universal con la finalidad específica de tutela de derechos procesales, singularmente los del art. 24 CE. La evolución posterior es conocida, pues tras más de 22 años de vigencia de la LEC, sigue estando vigente el régimen transitorio de la disposición final decimosexta, sin que hayan entrado en vigor los preceptos de la LEC que regulaban específicamente este remedio de tutela procesal. Por su parte, en cuanto al recurso de casación, el interés casacional como elemento de salvaguarda del derecho objetivo no estaba contemplado en la regulación procesal de la Ley de 1998, sino que se incorporó al sistema de recursos con la nueva regulación de la casación contenciosa en la reforma de la Ley Orgánica 7/2015.

En la evolución legislativa, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, restringió 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 realiza por la vía de minorar 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 recibirán una respuesta judicial, sin posibilidad de revisión por un tribunal superior.

En el ámbito del recurso de casación, la reforma de 2015 universalizó el recurso contra las resoluciones de órganos colegiados, pero incide escasamente en las zonas de irrecurribilidad, pues solo admite el recurso de casación contra las sentencias de los órganos unipersonales con rígidos condicionantes, como son: (i) que la sentencia contenga una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales; y (ii) que la sentencia sea susceptible de extensión de efectos.

La reforma de la casación operada por la Ley Orgánica 7/2015 ha producido, además, una patente situación de incertidumbre en el denominado recurso de casación autonómico, la cual ha generado una disparidad de criterios interpretativos entre los diferentes tribunales superiores de justicia.

4.2

Las medidas de reforma del Proyecto de eficiencia procesal

El Proyecto de Ley recoge modificaciones importantes en el ámbito de los recursos de apelación y de casación. Asimismo, el Proyecto actualiza el régi-

men de recursos contra las resoluciones del letrado o la letrada de la Administración de Justicia (art. 102 bis LJCA), siguiendo la doctrina constitucional de la STC 58/2016, de 17 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del sistema que impedía la interposición de recurso de revisión contra el decreto resolutivo de la reposición, en idéntico sentido a la regulación contenida en el artículo 454 bis de la LEC.

4.2.1 Recurso de apelación

El Proyecto modifica el apartado 2 del artículo 81, para introducir una nueva letra e), contemplando que son susceptibles de recurso de apelación las sentencias que, con independencia de la cuantía del procedimiento, sean susceptibles de extensión de efectos.

Esta modificación incide en la vigente regulación del recurso de apelación, donde las sentencias irrecurribles de los juzgados tienen un ámbito objetivo importante, en general para los procesos de cuantía no superior a 30 000 euros, de modo que se introducen criterios cualitativos en garantía de la seguridad jurídica.

La modificación del art. 81.2.e) del Proyecto afecta indirectamente al recurso de casación, pues deja sin contenido la casación contra las sentencias de los juzgados. En efecto, el art. 86.1.II de la LJCA establece la casación, en el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo Contencioso-Administrativo, si, de forma cumulativa: i) contienen doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales; y ii) son susceptibles de extensión de efectos. El Proyecto de eficiencia procesal determina que todas estas sentencias pasen por el filtro previo de la apelación, de modo que la casación contra las sentencias de los juzgados queda vacía de contenido.

Desde este punto de vista, resulta positivo este trasvase de la casación contra sentencias de órganos unipersonales al ámbito del recurso de apelación. Sin embargo, la previsión de la apelación contra las sentencias dictadas en los asuntos susceptibles de extensión de efectos no permite dar un tratamiento homogéneo a los denominados conflictos masa o generales que se plantean fuera de las materias delimitadas en el art. 110 de la LJCA (v. *gr.*, tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado).

Así, existen supuestos conocidos en otros ámbitos (v. *gr.*, sancionador, prestaciones sociales, seguridad social, etc.) que afectan a numerosas situa-

ciones idénticas, aunque no sean susceptibles de extensión de efectos. Una vía muy eficaz para evitar las contradicciones que puedan producirse al resolver estos asuntos 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.

El Proyecto de eficiencia, si bien avanza en la introducción de criterios cualitativos para recurrir en apelación, no contempla estos asuntos colectivos en materias distintas a las que son susceptibles de extensión de efectos, ni la infracción procesal, cuando ello supondría una mejora significativa en el sistema de recursos en aras de garantizar la seguridad jurídica.

Otra vía de admisión de la apelación por criterios cualitativos sería la de incluir un recurso extraordinario de apelación ante los TSJ (o la AN), por infracción de norma estatal o autonómica, en los casos en que existan contradicciones insalvables en los juzgados, fijando unos criterios de admisión tasados de la apelación extraordinaria ante sentencias irrecurribles de los juzgados, como pudieran ser, básicamente, los siguientes: 1) no procede apelación extraordinaria cuando hay pronunciamientos del TSJ o TS en la misma materia; y 2) solo procede apelación extraordinaria en caso de contradicción insalvable entre juzgados del mismo TSJ.

4.2.2 Recurso de casación

El Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal afecta a los trámites intermedios del recurso de casación, minorando los plazos procesales de personación ante el Tribunal Supremo y audiencia sobre el interés casacional, lo cual tiene una eficacia muy limitada en el acortamiento de los tiempos de resolución del recurso de casación. Asimismo, resulta afectado indirectamente por otras prescripciones en cuanto a las resoluciones recurribles.

A estas dos cuestiones se añaden otros dos puntos de interés, como son la enmienda anunciada sobre tratamiento de la litigiosidad en masa y el denominado recurso de casación testigo, así como la situación del recurso de casación autonómico.

a) Los plazos de tramitación del recurso. El Proyecto acorta los plazos previstos para algunos trámites intermedios; en concreto, el de personación

de las partes ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 89.5 LJCA), y el previsto para el trámite excepcional, de oficio, de audiencia sobre interés casacional (art. 90.1 LJCA). En la Exposición de Motivos se justifica la reforma en la agilidad y en el hecho de que esta reducción de los plazos con que cuentan estos trámites intermedios no altera, por el contrario, la de los previstos para formular los escritos de preparación del recurso y los de interposición y oposición, cuya duración actual se estima ajustada a su relevancia y elevada complejidad técnica.

Por tanto, la reforma se focaliza en la reducción de los plazos propios, esto es, los de los actos de las partes cuyo incumplimiento da lugar a la preclusión. Lo primero que hay que decir es que las reformas procesales que se focalizan en el acortamiento de plazos procesales no siempre producen un efecto de agilización, pues el problema de los plazos no radica en los denominados "propios", sino en los "impropios", esto es, los que dispone el órgano judicial para realizar los diferentes trámites, cuyo incumplimiento encuentra genérica justificación en la excesiva carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, sin que afecte a la validez del acto o resolución posterior.

La reforma únicamente incide en los plazos propios, de modo que proyecta reducir el plazo de personación de las partes ante el Tribunal Supremo, de treinta a quince días, y el plazo de audiencia que puede acordar el Tribunal se acorta de treinta a veinte días, lo cual apenas tiene impacto en los tiempos de tramitación y resolución del recurso de casación.

El plazo de personación de las partes ante el Tribunal Supremo puede tener una incidencia limitada en orden a la tramitación del recurso ante la Sección Primera de la Sala Tercera, que es la de admisión. La Sección 1.^a tiene una demora que ha ido creciendo progresivamente, por lo que una personación de las partes quince días antes de lo previsto en la vigente legislación presenta un impacto de agilización muy limitado. Estamos más bien frente a un problema estructural que se focaliza en sede de admisión, el cual se ha visto agravado por la situación de desertización de la planta de magistrados de la Sala Tercera, por vicisitudes conocidas por todos, sobre limitación de las competencias del CGPJ en funciones y falta de renovación del órgano constitucional, así como por el progresivo incremento de los recursos de casación que se ingresan, que pasan de alrededor de 7000 en el año 2017 a los más de 9000 del año 2021, en una tendencia que es creciente, a lo que hay que añadir la previsible carga adicional de los recursos en materia de responsabilidad patrimonial por COVID, que, si bien coyuntural, va a tener un evidente impacto en la tramitación y resolución de los asuntos en la Sala Tercera.

Realmente, el plazo propio en el que podría generarse una mayor agilidad es el de preparación del recurso, de 30 días hábiles, el cual genera retra-

sos que podrían calificarse como “colaterales”, puesto que existe un gran número de sentencias dictadas por las salas que no son recurridas, que pueden cifrarse entre un 80-85 %, las cuales no alcanzan firmeza hasta que se agota el plazo de preparación, lo cual supone en la práctica un periodo aproximado de entre mes y medio y dos meses naturales, al que luego hay que sumar los plazos de devolución a los juzgados en los recursos de apelación, y de ejecución voluntaria, con lo que la ejecución forzosa no puede instarse hasta que transcurren estos plazos, no obstante no haber sido recurrida la sentencia.

Asimismo, debe advertirse que la reforma proyectada del plazo de emplazamiento produce un desequilibrio entre las partes, desde el momento en que la personación de las partes del art. 89.5 de la LJCA es la que marca el plazo de que disponen las partes recurridas para oponerse a la admisión del recurso de casación ex art. 89.6 de la LJCA. Por tanto, frente al plazo de 30 días de que dispone la recurrente para preparar el recurso, la recurrida dispone de 15 días para oponerse a su admisión al momento de personarse ante el Tribunal Supremo.

La justificación de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del mantenimiento de los de preparación, interposición y oposición por la relevancia y elevada complejidad técnica del recurso de casación, contrasta con la regulación procesal de la casación civil, donde no hay un trámite desdoblado de preparación, y el recurso de casación debe interponerse en el plazo de 20 días.

El mismo Proyecto de Ley modifica la casación civil en términos análogos a la vigente casación contenciosa, configurado como recurso universal contra sentencias dictadas por las audiencias provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, que pivota sobre la existencia de interés casacional, con problemas de análoga complejidad técnica que el contencioso, donde la preparación e interposición se debe realizar en el plazo de veinte días. Otro caso de análoga dificultad técnica que podría citarse es el del recurso de amparo, donde la demanda debe presentarse en el plazo de veinte o treinta días, conforme a los arts. 43 y 44 de la LOPTC.

En el caso del orden contencioso, la minoración del plazo de preparación seguramente podría producir efectos beneficiosos, sin grave merma del derecho de defensa de las partes. El acortamiento del plazo de preparación del recurso, o la unificación del escrito de preparación con el de interposición, presentan un pronóstico de agilización mucho más relevante tanto en la tramitación del recurso de casación como en la tramitación de las firmezas de los asuntos no recurridos.

En cuanto al acortamiento del plazo del art. 90.1 de la LJCA, para el trámite excepcional de audiencia a las partes sobre el interés casacional,

tiene un menor impacto, pues se trata de un trámite utilizado en contadas ocasiones en la práctica procesal.

b) Resoluciones recurribles. Como ya se ha indicado anteriormente, al examinar el recurso de apelación, la modificación del art. 81.1 de la LJCA, que añade un nuevo apartado e) en el que se establece que son recurribles en apelación todas las sentencias que sean susceptibles de extensión de efectos, deja sin contenido la casación contra las sentencias de los juzgados.

En efecto, el art. 86.1.II de la LJCA contempla la casación, en el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, en el caso de que, de forma cumulativa, contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales, y sean susceptibles de extensión de efectos. Por tanto, el Proyecto de eficiencia procesal determina que todas estas sentencias pasen por el filtro previo de la apelación, de modo que la casación contra las sentencias de los juzgados queda prácticamente vacía de contenido.

Ello es una importante mejora en el sistema de recursos, puesto que se amplía la doble instancia a los asuntos que son susceptibles de extenderse a otras situaciones jurídicas sustancialmente idénticas, y la casación debe prepararse contra la sentencia de apelación, que presenta caracteres de unidad de criterio, además de mayor garantía de acierto.

c) Medidas frente a la litigiosidad en masa. La práctica del recurso de casación ha puesto de manifiesto que existen “familias” de recursos de casación que plantean cuestiones jurídicas idénticas, que son admitidos, y que generan un alto número de sentencias de casación repetitivas. A ello se añade el problema de la falta de mecanismos para suspender la tramitación de los procesos de instancia en los que se plantean estas mismas cuestiones jurídicas, mientras pende la resolución de uno o varios recursos de casación admitidos, y que a la postre deben seguir el criterio establecido en la jurisprudencia que se forma al resolver los recursos de casación pendientes.

A esta problemática se dirigen las enmiendas del Proyecto anunciadas por el Ministerio de Justicia, de acuerdo con las reuniones con la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según se publica en la página web del CGPJ en fecha 9 de junio de 2022, que tiene la finalidad de implementar medidas procesales para atender eficazmente la litigiosidad en masa, de manera que se permita a los juzgados suspender causas que presenten identidad jurídica sustancial con recursos pendientes de casación ante el Supremo, hasta que el alto tribunal se pronuncie al respecto.

Cabe entender que esta previsión se extenderá a la tramitación de los recursos de casación ante la misma Sala Tercera, mediante una técnica si-

milar a la del denominado “pleito testigo” o “recurso testigo”, a cuyo efecto puede ser relevante la proyectada modificación de la LEC sobre la limitación de los actos de disposición de las partes sobre el objeto del recurso, singularmente el desistimiento, estableciendo el art. 20.1 de la LEC que no pueden realizarse una vez señalado día para la deliberación, votación y fallo del recurso de casación, lo cual permite que la resolución del “recurso casación testigo” no se vea interferida por los actos de disposición que puedan realizar las partes.

d) La falta de reforma de la casación autonómica. El Proyecto no aborda una cuestión que ha presentado una especial conflictividad en la práctica del recurso de casación, como es la regulación del llamado “recurso de casación autonómico”.

El informe del CGPJ al Anteproyecto de eficiencia procesal ponía de manifiesto la necesidad de abordar la regulación de la casación autonómica, expresando que ha generado “una situación incomprensible en la que una única y misma regulación procesal de un único y mismo recurso ha dado lugar a diversas interpretaciones (hasta cuatro) que provocan que el recurso de casación sea diferente en Madrid, que en las Islas Baleares o en el Principado de Asturias o Cantabria”. A ello debe añadirse que el Proyecto de Ley de Eficiencia Organizativa no solo vuelve a olvidar la casación autonómica, sino que, inexplicablemente, reabre el debate sobre su viabilidad constitucional, al eliminar la mención al recurso de casación dentro de las competencias de las salas de lo contencioso de los TSJ en el art. 74 de la LOPJ.

La problemática deriva de que la regulación del recurso de casación introducida por la reforma de la Ley Orgánica 7/2015 se limitó a reproducir la regulación anterior de la casación autonómica, que tenía su ámbito de aplicación casi exclusiva en la unificación de doctrina ante las contradicciones internas de la Sala. La nueva configuración de la casación como recurso devolutivo para formar jurisprudencia exigía que el mismo fuera conocido por un órgano de superior jerarquía al que dictó la sentencia, lo cual no se produce en el caso de la casación autonómica, donde el recurso es conocido por una Sección, de composición rotatoria y no especializada definida en el art. 86.3 LJCA, que resuelve con prevalencia funcional sobre las secciones especializadas de la misma Sala. Esta falta de regulación, unida a las sustanciales diferencias organizativas y de planta entre los diferentes TSJ, ha producido una aplicación no uniforme, que genera graves inseguridades, y que exige una regulación procesal *ad hoc* que no se aborda en el Proyecto.

5

A modo de conclusión

Este breve recorrido sobre el estado actual de la jurisdicción contencioso-administrativa y la reforma proyectada en el ámbito contencioso-administrativo permite identificar algunas medidas necesarias, como son la implantación de una verdadera primera instancia en el proceso contencioso-administrativo, la adopción de medidas de agilización, concretadas en la reforma del procedimiento abreviado, y la necesaria reconstrucción del sistema de recursos en la jurisdicción.

La implantación de una primera instancia generalizada en lo contencioso-administrativo, de competencia de los órganos unipersonales, con la correspondiente restructuración de la planta judicial, es una medida idónea en el estado actual de la jurisdicción, pues la impugnación en primera instancia ante el órgano unipersonal, con un adecuado sistema de recursos, ofrece todas las garantías de tutela judicial efectiva, como lo demuestra la experiencia acumulada en estos años de vigencia de la LJCA de 1998.

El sistema procesal y de procedimiento también es susceptible de mejoras técnicas, debiendo estructurarse adecuadamente en aras de la igualdad de partes y de la agilización del proceso.

En el procedimiento abreviado, la agilización pivota fundamentalmente sobre la delimitación de los asuntos que pueden resolverse sin celebración de vista, donde la reforma proyectada consiste en introducir elementos de control jurisdiccional a fin de evitar que la pretensión de las partes demandadas de celebración de vista pueda convertirse en un instrumento dilatorio para la resolución del asunto. No obstante, parece que podrían mejorarse los objetivos de agilización y eficacia si se contemplara la necesidad de sustanciar la fase alegatoria (demanda y contestación) y se invirtiera la iniciativa sobre celebración de vista, de modo que fuera la parte demandada quien debiera pronunciarse en primer lugar sobre dicha cuestión, de forma análoga a la regulación del art. 438 de la LEC, tras la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

El balance del actual sistema de recursos en la jurisdicción contencioso-administrativa presenta los desajustes expuestos, que acaso podrían ser objeto de corrección mediante algunas propuestas constructivas que puede sintetizarse en dos puntos: 1) tutela de derechos procesales; y 2) apelación extraordinaria y casación autonómica.

La instauración de un mecanismo devolutivo de tutela de derechos procesales es una medida que aparece como necesaria en un contexto donde conviven amplias zonas de irrecurribilidad de las sentencias de órganos

unipersonales, y una casación universal respecto de las resoluciones de los órganos colegiados. El mecanismo propuesto podría ser similar al recurso extraordinario por infracción procesal de la LEC de 2000.

En lo que se refiere a la legislación proyectada en las leyes de eficiencia, en el recurso de apelación, se introducen criterios cualitativos de admisibilidad, al contemplar el recurso contra las sentencias dictadas en asuntos susceptibles de extensión de efectos. Ello presenta efecto positivo, puesto que vacía de contenido el recurso de casación contra las sentencias dictadas por órganos unipersonales, lo que mejora la agilización y seguridad jurídica, puesto que se introduce el filtro previo de la sentencia de apelación antes de interponer el recurso de casación.

En el recurso de casación, la reforma proyectada se concreta en la reducción de plazos propios en trámites intermedios, lo cual tiene un impacto muy limitado en orden a la agilización de asuntos. La minoración proyectada del plazo de personación a quince días, que es a su vez el de oposición a la preparación del recurso por las partes recurridas, plantea la conveniencia de modificar el plazo de preparación del recurso, de treinta días, el cual marca, asimismo, el término de firmeza de las sentencias no recurridas.

La propia regulación proyectada de un recurso de casación civil universal, de caracteres análogos al contencioso, con un plazo unificado de preparación e interposición de veinte días, permite identificar un fundamento para reducir los plazos, desdoblados, de preparación e interposición de la casación contenciosa, lo cual presenta un pronóstico de agilización en la tramitación de los asuntos, tanto si se prepara el recurso como si se tramita su firmeza. Por otra parte, la anunciada enmienda sobre el tratamiento de la litigiosidad en masa puede tener importantes efectos de economía de trámites y agilidad en la resolución de asuntos, en cuanto que permite trasladar la jurisprudencia formada sobre cuestiones jurídicas idénticas planteadas en procesos o recursos en trámite, sin necesidad de sustanciarlos.

Pese a los aspectos destacados, no se llegan a abordar los retos que plantea el sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo en general, ni el recurso de casación en particular. Así, cuestiones tales como la introducción de criterios cualitativos en la apelación, el desdoblamiento del recurso de infracción procesal y el de infracción de ley, la restricción de la casación universal, o la regulación de la casación autonómica, son aspectos que aparecen como relevantes para dotar de mayores garantías de agilidad, acierto y seguridad al sistema de recursos.

Algunas medidas procesales, como la de introducir un recurso de apelación extraordinario, de unificación de interpretación o de infracción procesal, matizar más selectivamente el interés casacional sobre cuestiones

donde hay interpretación uniforme de los TSJ, o reconducir el sistema de casación autonómico a la casación unificadora, podrían tener efectos positivos sobre el sistema de recursos.

La casación universal extraordinaria, fundada en la defensa de la norma y en la uniformidad del derecho, no es la más adecuada para la defensa del *ius litigatoris*, como se está viendo desde hace tiempo con los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, que van engordando las estadísticas de inadmisión a medida que se van dictando resoluciones sobre ciertos temas.

En efecto, salvando las distancias, el interés casacional objetivo, al igual que la especial trascendencia constitucional, buscan pronunciamientos uniformes en la aplicación del derecho, lo que produce un efecto de debilitamiento del *ius litigatoris*, especialmente en la vulneración de derechos procesales, cuando entran en juego motivos que tienen un marcado componente de apreciación, como la incongruencia, la motivación o las infracciones del derecho a la prueba, por poner algunos ejemplos, donde existen reiterados pronunciamientos interpretativos sobre dichas materias, que por ello no siempre presentan un interés casacional objetivo.

Ello puede provocar el efecto de excluir de la admisión del recurso extraordinario supuestos donde el derecho de las partes puede haberse visto lesionado, con fundamento en que la interpretación sobre el derecho procesal en cuestión no sirve a la formación de jurisprudencia, por estar suficientemente consolidada.

Se trata de cuestiones estructurales del sistema de recurso, que quizás desbordan una reforma de las características de la proyectada, pero que se dejan apuntadas con el análisis realizado sobre el estado actual y medidas procesales proyectadas de mayor relevancia en la jurisdicción contencioso-administrativa.

6

Bibliografía

Alonso Mas, M.^a J. (2013). La planta jurisdiccional contencioso-administrativa y el reparto de competencias entre los órganos que la integran. En A. Ezquerra Huelva y J. Oliván del Cacho (dirs.), *Estudios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (pp. 109-202). Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández Valverde, R. (2019). La jurisprudencia y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En J. Cudero Blas y J. Ponce Solé (coords.), *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción*

Contencioso-Administrativa en su XX aniversario (pp. 269-318). Valencia: Tirant lo Blanch.

Huelin Martínez de Velasco, J. (2011). 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*, 21.

López-Medel Báscones, J. (2019). La LJCA vista por sus ponentes parlamentarios 20 años después. En J. Cudero Blas y J. Ponce Solé (coords.). *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX aniversario* (pp. 43-50). Valencia: Tirant lo Blanch.

Martín Rebollo, L. (2019). Evolución histórica del control judicial de la Administración y la Ley de 1998. En J. Cudero Blas y J. Ponce Solé (coords.). *Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX aniversario* (pp. 25-39). Valencia: Tirant lo Blanch.

Palomar Olmeda, A. (2004). Las reformas en el contencioso-administrativo del invierno de 2003. *Justicia Administrativa*, 23, 5-38.

La acción pública en materia de urbanismo

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. Previo**
- 2. Antecedentes remotos**
- 3. Antecedentes en la acción pública urbanística**
- 4. Marco constitucional, de ley orgánica y de la ley de jurisdicción contencioso-administrativa**
- 5. La acción pública urbanística vigente en derecho estatal**
- 6. La acción pública urbanística vigente en derecho autonómico**
- 7. Naturaleza e importancia de la acción pública**
- 8. Crítica a su mantenimiento y proyectos sobre su modificación**
- 9. Subjetivamente: titularidad de la acción pública urbanística**
 - 9.1. Legitimación ajena a la de un derecho o interés legítimo
 - 9.2. Acción pública: españoles y extranjeros
 - 9.3. Acción pública: personas físicas y personas jurídicas
 - 9.4. Acción pública: personas jurídicas, privadas y públicas
 - 9.5. Acción pública por una Administración pública
 - 9.6. Acción pública y los concejales
- 10. La ordenación territorial y urbanística, los proyectos de ejecución y la evaluación ambiental**
- 11. La actividad administrativa impugnabile**
- 12. Pretensiones a ejercitar**
- 13. Límites al ejercicio de la acción pública**
- 14. Medidas cautelares**
- 15. Terminación del proceso por desistimiento**
- 16. Transmisibilidad**
- 17. Ejecución provisional de sentencia**
- 18. Acción pública en los trámites de ejecución de sentencia**
- 19. Gastos y costas**
- 20. Conclusiones**

Resumen

El legislador, consciente de la situación de indisciplina urbanística generada a lo largo de los años y de la –en muchos casos– pasividad de la Administración a la hora de reaccionar frente a los ilícitos urbanísticos o la falta de medios, decide en concreto alumbrar la acción pública urbanística desde la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, hasta nuestros días.

Igualmente es cierto que la acción pública ha dado lugar a la aparición de una picaresca forense personificada por el profesional de la acción pública, que busca únicamente la obtención de una compensación económica y, obtenida esta, desiste de la acción interpuesta.

A ello obedecen las iniciativas de su modificación, bien para suprimir esa acción, o limitándola debidamente.

Palabras clave: acción pública urbanística; naturaleza e importancia; proyectos de modificación; elementos y régimen jurídico.

Public action in urban planning

Abstract

The legislator, aware of the situation of urban planning indiscipline generated over the years and of the –in many cases– passivity of the Public Administration when it came to reacting to urban planning illicit acts or the lack of means, decided to launch the urban planning public action since the Land Law of May 12, 1956, up to the present day.

It is also true that the public action has given rise to the emergence of a forensic picaresque personified by the professional of the public action, who seeks only to obtain financial compensation and, once this is obtained, desists from the action brought.

This is the reason for the initiatives of its modification, either to suppress this action, or to limit it appropriately.

Keywords: public urban planning action; nature and importance; modification projects; features and legal framework.

1 Previo

Las presentes notas van a intentar ser una reflexión a modo de relación de la nutrida cantidad de pronunciamientos jurisdiccionales, adoptados al más alto nivel, en los casos que se han ido produciendo en las controversias jurisdiccionales contencioso-administrativas en materia de la acción pública urbanística.

En definitiva, y como se desarrollará posteriormente, el legislador, consciente de la situación de indisciplina urbanística generada a lo largo de los años y de la –en muchos casos– pasividad de la Administración a la hora de reaccionar frente a los ilícitos urbanísticos o la falta de medios, decide dotar al ciudadano de instrumentos para perseguir que el suelo se utilice conforme a la normativa urbanística y, por tanto, al interés general. Establecimiento que despliega sus efectos temporalmente desde la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, hasta nuestros días.

Todo ello si bien es igualmente cierto que la acción pública ha dado lugar a la aparición de una picaresca forense extremadamente peligrosa. Nos referimos, como denuncia la doctrina, al profesional de la acción pública, que busca únicamente la obtención de una compensación económica del beneficiario de la medida urbanística irregular, y, obtenida esta, desiste de la acción interpuesta.

A ello obedecen las iniciativas de su modificación que se relacionarán debidamente y a la espera de si fructifican, suprimiendo esa acción o limitándola debidamente.

2 Antecedentes remotos

Como destaca la mejor doctrina, interesa dejar constancia de que la acción pública o la acción popular se evidencia con nitidez en el municipalismo a partir del concepto de la acción que cualquier vecino ostentaba para la defensa de los bienes comunales ya desde la Ley Municipal de 20 de agosto de 1870.

Con mayor énfasis, en el Estatuto Municipal de 9 de marzo de 1924, al establecer en sus artículos 29 y 253:

“Artículo 29.

Todos los habitantes de un término municipal, o cualesquiera interesados, tienen acción para reclamar ante los Tribunales de Justicia o cual-

quiera otra Autoridad competente contra los acuerdos de los Ayuntamientos o de las respectivas Comisiones municipales permanentes que consideren ilegítimos o lesivos, así como para denunciar y perseguir a los Alcaldes, Concejales dependientes del Municipio que incurrieren en responsabilidad legal”.

“Artículo 253.

Los restantes acuerdos de los Ayuntamientos, Comisiones municipales permanentes y Alcaldes, no comprendidos especialmente en otros artículos de esta ley, causarán estado en la vía gubernativa y contra ellos sólo cabe recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal provincial.

Podrá interponerse estos recursos:

1º Por lesión de derechos administrativos del reclamante.

2º Por infracción de disposiciones administrativas con fuerza legal, cuya observancia pida cualquier vecino o Corporación, aunque no hayan sido agraviados individualmente en sus derechos”.

Igualmente cabe citar el artículo 234 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, en cuanto disponía:

“Las Corporaciones y autoridades municipales, así como los vecinos que estimen atentatoria al régimen de autonomía municipal alguna disposición del Gobierno o de autoridad subordinada o delegada, aunque se haya dictado en el ejercicio de facultades discrecionales y no lesione derechos concretos de la Corporación ni de los vecinos, podrán interponer contra dicha disposición recurso de abuso de poder en forma legal y ante los tribunales competentes”.

3

Antecedentes en la acción pública urbanística

El expreso y expresivo reconocimiento de la acción pública en materia de urbanismo se va desplegando de forma acentuada en las siguientes normas jurídicas:

1.- La Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, que en su artículo 223 disponía lo siguiente:

“Será pública la acción para exigir ante los Tribunales contencioso-administrativos la observancia de la presente Ley y de los planes de ordenación urbana”.

Precepto sobresalientemente llamativo cuando se actúa inmediatamente antes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27

de diciembre de 1956, con sus reglas de legitimación para recurrir en vía contencioso-administrativa sobre la base de un derecho o interés directo en el objeto del recurso.

Acción pública en materia de urbanismo que tuvo acentuada plasmación en las sucesivas leyes de suelo; así:

2.- La Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana:

“Artículo doscientos veintitrés.

Uno. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Proyectos, Normas y Ordenanzas.

Dos. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta un año después de su terminación”.

3.- El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana:

“Artículo doscientos treinta y cinco.

Uno. Será pública la acción para exigir ante los Órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas.

Dos. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta un año después de su terminación”.

4.- La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y el posterior Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana:

“Artículo 304. Acción pública.

1. Será pública la acción para exigir ante los Órganos administrativos y los Tribunales Contencioso Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de la mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”.

5.- La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y el posterior Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo:

“Artículo 48. Acción pública.

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”.

En este punto no deja de ser relevante destacar que la acción pública se dirige también a la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial (sic), junto con la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación urbanística (sic), y así se reflejará con posterioridad.

4

Marco constitucional, de ley orgánica y de la ley de jurisdicción contencioso-administrativa

Son de obligada cita los artículos 24, 125 y 149.1.6.^ª de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978:

“Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

“Artículo 125

Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

“Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
[...]

6.ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

Igualmente, los artículos 19 y 20 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

“Artículo 19.

1. Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley”.

“Artículo 20.

1. La justicia será gratuita en los supuestos que establezca la ley.

2. Se regulará por ley un sistema de justicia gratuita que de efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.

3. No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita”.

Y el artículo 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

“Artículo 19.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

[...]

h) Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes”.

5

La acción pública urbanística vigente en derecho estatal

Finalmente, debemos citar el vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana:

“Artículo 5. Derechos del ciudadano.

Todos los ciudadanos tienen derecho a:

[...]

c) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su

evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

d) Ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

[...]

f) Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora”.

“Artículo 62. Acción pública.

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”.

En su relación con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, procede relacionar su disposición adicional primera, en cuanto dispone:

“Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.

1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.

3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización”.

Y así, interesa dejar constancia de lo establecido en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 28 de noviembre de 2022**, del siguiente modo:

“SEGUNDO. La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en interpretar la Disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con el Texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en concreto el artículo 62 relativo a la acción pública, a fin de determinar si dicho precepto constituye, o no, un régimen jurídico específico de acceso a la información que excluya la aplicación de la Ley de transparencia, todo ello en relación con el artículo 18.1 e) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a fin de valorar si la falta de utilización, en su caso, de dicho cauce específico es o no determinante para considerar abusiva la petición.

Ha de partirse de que la Ley 19/2013, por lo que respecta al acceso a la información pública, se constituye como la normativa básica transversal que regula esta materia y crea un marco jurídico que complementa al resto de las normas, y así se ha declarado de forma reiterada por este Tribunal.

El Tribunal Supremo ha dictado una abundante jurisprudencia en torno al alcance e interpretación de la Disposición Adicional Primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que se sintetiza en la STS nº 312/2022, de 10 de marzo de 2022 (rec. 3382/2020) afirmando: ‘La cuestión que nos ocupa ha sido abordada por esta Sala en diferentes ocasiones en las que, manteniendo un criterio constante en lo sustancial, hemos ido matizando la doctrina en función de los requerimientos y singularidades del caso concreto examinado. Son muestra de ello las sentencias 748/2020, de 11 de junio (casación 577/2019), 1565/2020, de 19 de noviembre (casación 4614/2019), 1817bis/2020, de 29 de diciembre (casación 7045/2019), 314/2021, de 8 de marzo (casación 1975/2020), 389/2021, de 18 de marzo (casación 3934/2020) y 144/2022, de 7 de febrero (casación 6829/2020), entre otras.

En la primera de las resoluciones citadas –sentencia 748/2020, de 11 de junio (casación 577/2019, F.J. 5º)– al examinar el significado y alcance de la disposición adicional primera.2 de la Ley 19/2013, declarábamos lo siguiente:

[...] las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno, por lo que respecta al régimen jurídico previsto para al acceso a la información pública, sus límites y el procedimiento que ha de seguirse, tan solo quedan desplazadas, actuando en este caso como supletoria, cuando otra norma legal haya dispuesto un régi-

men jurídico propio y específico de acceso a la información en un ámbito determinado, tal y como establece la Disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Ello exige que otra norma de rango legal incluya un régimen propio y específico que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada, creando una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse.

Esta misma doctrina aparece luego recogida en las sentencias 1565/2020, de 19 de noviembre (casación 4614/2019) y 1817 bis/2020, de 29 de diciembre (casación 7045/2019).

También la sentencia 314/2021, de 8 de marzo (casación 1975/2020) recoge y reproduce la doctrina de la sentencia 748/2020, de 11 de junio (casación 577/2019, F.J. 5º); pero la complementa añadiendo unas precisiones que resultan de interés de cara a la resolución del recurso que ahora nos ocupa. Así, esta sentencia de 8 de marzo 2021 dice en su F.J. 3º:

[...] Debemos ahora avanzar en la determinación del alcance de la disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley de Transparencia, precisando qué debemos entender por un régimen específico alternativo y cómo opera la supletoriedad de la Ley de Transparencia. Así, hemos de aclarar, en primer lugar, que sin duda hay un régimen específico propio cuando en un determinado sector del ordenamiento jurídico existe una regulación completa que desarrolla en dicho ámbito el derecho de acceso a la información por parte, bien de los ciudadanos en general, bien de los sujetos interesados. En tales supuestos es claro que dicho régimen habrá de ser aplicado con carácter preferente a la regulación de la Ley de Transparencia, que en todo caso será de aplicación supletoria para aquellos aspectos que no hayan sido contemplados en tal regulación específica siempre, claro está, que resulten compatibles con ella. En este sentido, conviene subrayar que, en contra de lo que se ha alegado en ocasiones, la existencia de un régimen específico propiamente tal no excluye la aplicación supletoria de la Ley de Transparencia. La disposición adicional primera dispone literalmente lo contrario, tanto en el apartado 2 como en el tercer apartado, que se refiere de forma expresa al carácter supletorio de la Ley de Transparencia en el sector medioambiental, que tiene un régimen específico de acceso a la información de rango legal en la Ley 27/2006, de 18 de julio.

Sin embargo, más frecuente que una regulación alternativa completa es la existencia, en diversos ámbitos sectoriales, de disposiciones, anteriores a la Ley de Transparencia que contienen previsiones que afectan al derecho de acceso a la información, muy especialmente en relación con sus límites, como ocurre en el presente asunto con la previsión sobre confidencialidad en el sector de los productos sanitarios. Pues bien, hemos de precisar que en estos casos, aunque no se trate de regímenes completos, tales regulaciones parciales también resultan de aplicación de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley de Transparencia, manteniendo ésta su aplicación supletoria en todo lo demás, esto es, el marco general del derecho de acceso a la información y el resto de la normativa establecida en dicha Ley, a excepción de lo que haya quedado desplazado por la regulación sectorial parcial.

Resulta así, por tanto, que cuando la disposición adicional primera dispone que se regirán por su normativa específica las materias que tengan previsto un régimen jurídico propio de acceso a la información, la remisión comprende también aquellas regulaciones sectoriales que se afecten a aspectos relevantes del derecho de acceso a la información, como lo es de los límites de éste, aunque no se configuren como un tratamiento global y sistemático del derecho, quedando en todo caso la Ley de Transparencia como regulación supletoria. Estas puntualizaciones introducidas por la sentencia 314/2021, de 8 de marzo (casación 1975/2020, F.J.3º) han sido luego reiteradas en sentencia 144/2022, de 7 de febrero (casación 6829/2020, F.J. 3º, apartado D/). En fin, terminamos este recorrido señalando que con fecha de hoy esta Sala ha dictado sentencia nº 311/2022 (casación 148/2021) en la que, después de aludir también a la jurisprudencia de esta Sala en esta materia, señala en su F.J. 8º:

[...] Conforme dicha jurisprudencia cuando la disposición adicional primera apartado segundo de la Ley 19/2013 de Transparencia dispone que se regirán por su normativa específica las materias que tengan previsto un régimen jurídico propio de acceso a la información, la remisión no solo comprende los supuestos en los que se contenga un tratamiento global y sistemático del derecho sino también aquellas regulaciones sectoriales que afecten a aspectos relevantes de este derecho y que impliquen un régimen especial diferenciado del general. En estos casos, este régimen especial se aplica de forma preferente a las previsiones de la ley de transparencia, quedando esta última como regulación supletoria'.

Conforme a esta jurisprudencia procede analizar si la acción pública urbanística desplaza la ley de Transparencia en cuanto establece un régimen jurídico propio de acceso a la información.

La acción pública en materia urbanística, admitida desde la primera Ley del Suelo de 1956 –artículo 223-, mantenida en el T.R. de 1976 –artículo 234– en el artículo 304 del T.R. de 1992, y en las normas posteriores, se encuentra actualmente contemplada en el art. 62 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Dicha acción está destinada a impugnar en vía administrativa o jurisdiccional la actuación administrativa en materia de ordenación del territorio y urbanismo sin necesidad de ostentar un especial interés legítimo en su impugnación sino simplemente en defensa de la legalidad. Está destinada a la anulación de actos o disposiciones y sujeta a los plazos marcados por las leyes, el art. 62.2 de la Ley del Suelo dispone ‘2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística’.

El texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre al regular los derechos de los ciudadanos, dispone en su art. 5 que tienen derecho a ‘c) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora’. Previsión esta que lejos de constituir un régimen separado y diferente al fijado en la Ley de Transparencia, reafirma lo dispuesto en la misma en cuanto permite el acceso a la información en poder de las Administraciones públicas y a obtener copia de las disposiciones o actos adoptados.

Por otra parte, el hecho de poder acceder a cierta información respecto de los procedimientos en curso como consecuencia del ejercicio de la acción pública en materia urbanística no impide ni excluye la posibilidad de solicitar información pública obrante en la Administración respecto de procedimientos ya concluidos ni, por lo tanto, limita ni condiciona la posibilidad de acceder a la información pública por la vía prevista en la Ley 19/2013. Así ha de interpretarse la previsión contenida en el art. 53.1.a ‘a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados;

el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrá derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos' referida a los procedimientos en curso que se rigen por la normativa propia de cada procedimiento administrativo, así lo dispone la Disp. Adicional Primera de la Ley de Transparencia.

Pero ni el ejercicio de esta acción pública ni la existencia de un procedimiento en curso impide que el ciudadano pueda acudir al cauce previsto en la Ley de Transparencia para acceder a la información pública obrante en poder de la Administración. La Ley del suelo al regular la acción urbanística no se establece un régimen alternativo que desplace y sustituya al previsto en la Ley de Transparencia respecto al acceso a la información pública obrante en poder de la Administración. De modo que la posibilidad de utilizar la acción pública urbanística no impide poder acceder a la información obrante en poder de las Administraciones Públicas en el ejercicio de las facultades que confiere la Ley de Transparencia.

TERCERO. Sobre el pretendido carácter abusivo de la solicitud.

El artículo 18.1 de la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, enumera varias causas por las que las solicitudes de información pueden ser inadmitidas, y entre ellas figura la de: 'e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley'.

La presentación de una solicitud de acceso a la información urbanística obrante en poder de un Ayuntamiento no puede considerarse abusivo por el hecho de que exista un procedimiento de reposición de la legalidad urbanística en curso y tampoco la solicitud de una información sobre las licencias urbanísticas o los títulos habilitantes de la actividad desplegada en un establecimiento concreto y referida a los últimos seis años pueda ser considerada abusiva ni por el espacio temporal que abarca y ni por el volumen de la información comprometido.

Y finalmente tampoco puede considerarse que el acceso a la información con la finalidad de comprobar si han existido infracciones urbanísticas pueda considerarse abusiva. En primer lugar, porque las solicitudes de información pública ejercidas al amparo de la Ley de Transparencia no necesitan estar motivadas, según dispone el art. 17.3 de la Ley de Transparencia. Y ya señalamos en la STS nº 1519/2020, de 12 de noviembre (rec. casación 5239/2019) 'la falta de justificación o motivación no

podrá, por sí sola, fundar la desestimación de la solicitud, de lo que se sigue que la expresión en la solicitud de una justificación basada en intereses *meramente privados*, [...] tampoco puede por sí sola ser causa del rechazo de la solicitud, salvo que concurren otras circunstancias como, por vía de ejemplo, el carácter abusivo de la solicitud no justificado con la finalidad de transparencia de la ley, que como antes se ha dicho constituye la causa de inadmisión del artículo 18.3 LTAIBG'.

Y, en segundo lugar, porque la solicitud de información es conforme con la finalidad que persigue la normativa de transparencia, por cuanto es un medio de control de los actos de otorgamiento de las licencias y autorizaciones urbanísticas, por lo que tiene por finalidad conocer si la actividad pública es conforme a derecho y si la actividad desplegada por los beneficiarios se acomoda a las licencias y autorizaciones concedidas.

CUARTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación. Este Tribunal reitera la interpretación de la Disposición adicional primera, apartado 2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, contenida en las sentencias reseñadas en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia. El hecho de poder acceder a cierta información respecto de los procedimientos en curso, como consecuencia del ejercicio de la acción pública en materia urbanística, no impide ni excluye la posibilidad de solicitar la información pública obrante en la Administración respecto de procedimientos ya concluidos ni, por lo tanto, limita ni condiciona la posibilidad de acceder a la información pública por la vía prevista en la Ley 19/2013.

La Ley del suelo al regular la acción urbanística no se establece un régimen alternativo que desplace y sustituya al previsto en la Ley de Transparencia respecto al acceso a la información pública obrante en poder de la Administración.

Y finalmente tampoco puede considerarse que el acceso a la información con la finalidad de comprobar si han existido infracciones urbanísticas pueda considerarse abusiva cuando la información solicitada tanto por su espectro temporal como por el volumen de información comprometido no puede considerarse como tal. La solicitud de información es conforme con la finalidad que persigue la normativa de transparencia, por cuanto es un medio de control de los actos de otorgamiento de las licencias y autorizaciones urbanísticas, por lo que tiene por finalidad conocer si la actividad pública es conforme a derecho y si

la actividad desplegada por los beneficiarios se acomoda a las licencias y autorizaciones concedidas”.

6

La acción pública urbanística vigente en derecho autonómico

Cuando se dirige la atención al derecho autonómico importa destacar las disposiciones en que se reconoce la acción pública y en su relación los preceptos interrelacionados para el plazo de su ejercicio.

Así, en Cataluña, dejando de lado la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de Política Territorial, para la que ya resulta suficiente la previsión estatal, procede la cita de los artículos 12, 207, 210 y 227 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

“Artículo 12. Acción pública.

1. Cualquier ciudadano o ciudadana, en ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo, puede exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contenciosa administrativa el cumplimiento de la legislación y del planeamiento urbanísticos, ejercicio que debe ajustarse a lo que establezca la legislación aplicable.

2. La acción pública a que se refiere el apartado 1, si es motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, se puede ejercer mientras se prolongue la ejecución y, posteriormente, hasta el vencimiento de los plazos de prescripción determinados por los artículos 207 y 227, sin perjuicio de lo que establece el artículo 210”.

“Artículo 207. Prescripción de la acción de restauración y de la orden de restauración.

1. La acción de restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado prescribe a los seis años de haberse producido la vulneración de la legalidad urbanística o, en su caso, la finalización de las actuaciones ilícitas o el cese de la actividad ilícita. Si estas actuaciones tienen el amparo de un título administrativo ilícito, la acción de restauración prescribe a los seis años de haberse producido la correspondiente declaración de nulidad o anulabilidad, ya sea en vía administrativa ya sea por sentencia judicial firme.

2. Las órdenes de restauración y las obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios prescriben a los seis años.

3. No obstante lo dispuesto por los apartados 1 y 2, la acción de restauración y la orden dictada de restauración no prescriben nunca con

relación a las vulneraciones de la legalidad urbanística que se producen en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto por el artículo 32.a”.

“Artículo 210. Actos nulos.

Las licencias, las órdenes de ejecución y demás actos administrativos de naturaleza urbanística que se adopten con relación a los terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto por el artículo 32.a, que infringen las determinaciones de esta ley, de los planes urbanísticos o de las ordenanzas urbanísticas municipales son nulos de pleno derecho”.

“Artículo 227. Prescripción de infracciones y de sanciones urbanísticas.

1. Las infracciones urbanísticas muy graves prescriben a los seis años, las graves prescriben a los cuatro años y las leves prescriben a los dos años.

2. El plazo de prescripción fijado por el apartado 1 empieza a contar el día en que se ha cometido la infracción, salvo los casos en que se persista de forma continuada en la conducta constitutiva de infracción o en los casos en que el hecho único constitutivo de infracción se prolongue en el tiempo. En estos casos el plazo de prescripción se computa a partir de la finalización o el cese de la actividad ilícita.

3. Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones urbanísticas prescriben a los tres años si son muy graves, a los dos años si son graves y al año si son leves.

4. No obstante lo dispuesto por los apartados 1, 2 y 3, las infracciones urbanísticas cometidas en terrenos que el planeamiento urbanístico destina al sistema urbanístico de espacios libres públicos o al sistema viario, o clasifica o tiene que clasificar como suelo no urbanizable en virtud de lo dispuesto por el art. 32.a no prescriben, como tampoco prescriben las sanciones impuestas por las infracciones urbanísticas cometidas en los terrenos así calificados o clasificados.

5. En los supuestos regulados por el art. 216.1, los plazos de prescripción de la infracción y las reglas de competencia de aplicación son los correspondientes a la gravedad de la infracción originaria”.

La previsión de la acción popular en un determinado ámbito ha de hacerse mediante una norma con rango de ley, porque expresamente así lo dispone el artículo 19.1.h) de la LJCA.

A su vez, y como se ha expuesto, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades

que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas, como sienta el artículo 149.1.6.^a de nuestra Constitución. Y así, las normativas autonómicas utilizan la excepción del artículo 149.1.6.^a.

Pues bien, el problema recae en aquellos supuestos en los que la competencia sustantiva sobre una materia radique en la comunidad autónoma, acerca de si existiría la posibilidad de sostener la acción popular para regular las acciones tendentes a exigir el cumplimiento de tal regulación sustantiva.

La respuesta es negativa, y ya se contenía en la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre, cuando se señalaba que las “necesarias especialidades” son aquellas que “inevitablemente se deduzcan [...] de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica”.

Con mayor detenimiento, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de marzo**, en la que se establecerían con todo rigor los parámetros para analizar el “desarrollo procesal” autonómico, estableció que la competencia asumida por las comunidades autónomas al amparo de la salvedad recogida en el artículo 149.1.6.^a 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 artículo 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.

Por tanto, no basta con que la norma procesal autonómica represente una innovación o una mejora de la legislación procesal para una comunidad autónoma si no viene justificada por una especialidad del derecho sustantivo autonómico (en este sentido, SSTC 123/1988, de 23 de junio, FJ 2; 47/2004, FJ 15; 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 6; 135/2006, de 27 de abril, FJ 2 e); 31/2010, de 28 de enero, FJ 27, y 21/2012, de 16 de febrero, FF. JJ. 7 y 9).

Y además, dado que la presunción de intangibilidad del derecho procesal se predica del estatal, resulta por ello que corresponde 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, cuando menos siempre que del propio examen de la Ley no se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (SSTC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5; 47/2004, FJ 4; y 21/2012, FJ 7). Teniendo presente que la necesidad a que se refiere la cláusula competencial del artículo 149.1.6 CE “no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que éste reconoce en favor de las Comunidades Autónomas” (STC 47/2004, FJ 5).

Por otra parte, desde el punto de vista metodológico, la citada STC 47/2004 señaló que deben completarse tres operaciones para aplicar la salvedad competencial contenida en el artículo 149.1.6 CE y dilucidar si una norma procesal autonómica constituye o no una “necesaria especialidad” procesal, que encuentra legitimidad constitucional en el artículo 149.1.6 CE:

- Primero, ha de determinarse cuál es el derecho sustantivo autonómico que presenta particularidades.
- Segundo, hay que 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 autonómico.
- Tercero, ha de indagarse si, entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico en la norma impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales.

Supuestos de interés a tener en cuenta al respecto son los relativos a las **sentencias del Tribunal Constitucional 80/2018, de 5 de julio**, relativa a la impugnación mediante recurso de inconstitucionalidad de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, **y 97/2018, de 19 de septiembre**, relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco.

Tomando como ejemplo la Sentencia del País Vasco, es de ver que el Abogado del Estado impugnaba el artículo 6.1 de la Ley vasca 3/2015, y lo hacía en la medida en que la disposición recurrida establecía lo siguiente:

“Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente la observancia de la presente ley, así como de las normas, disposiciones, planes y programas que se dicten en su desarrollo y ejecución”.

El Tribunal Constitucional estima que el legislador autonómico no puede regular la acción pública, toda vez que la misma se encuentra regulada por el derecho procesal general.

Además, se añade que la modificación procesal no encuentra encaje y conexión de forma directa con una peculiaridad del derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, se incide en que la representación procesal del Gobierno autonómico no ha ofrecido justificación alguna de la eventual necesidad de una especialidad procesal en este ámbito, con respecto a las normas procesales generales, precisando que esa necesidad tampoco se deduce de la propia norma impugnada.

Todo lo expuesto lleva al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “y jurisdiccionales”, esto es, la regulación de la acción pública, y ello por invadir el ámbito competencial reservado al Estado por el artículo 149.1.6.^a CE.

La conclusión inmediata de reconocer la acción pública en sede administrativa pero no en sede contenciosa es que tal decisión da lugar a una dualidad de soluciones, adelantándose ya desde este momento, en que ambas producen resultados hasta curiosos:

a) De una parte, ante el supuesto del ejercicio de una acción pública en sede administrativa, deberá ser tramitada y reconocida en sede administrativa, y ello por mandato del tenor literal de las leyes. No obstante, cuando con posterioridad se pretenda el enjuiciamiento del resultado de tal acción pública ante la jurisdicción contencioso-administrativa, deberá negarse el acceso a la jurisdicción, ya que no se ostentaría legitimación. No se estaría ante una parcela inmune al control jurisdiccional.

b) De otra parte, si se entendiese que después de la vía administrativa se ostenta legitimación en vía contencioso-administrativa, no se vulneraría la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia.

7

Naturaleza e importancia de la acción pública

El legislador, consciente de la situación de indisciplina urbanística generada a lo largo de los años y de la –en muchos casos– pasividad de la Administración a la hora de reaccionar frente a los ilícitos urbanísticos o falta de medios, decide dotar al ciudadano de instrumentos para perseguir que el suelo se utilice conforme a la normativa urbanística y, por tanto, al interés general. Para ello, se modifican tanto la Ley de procedimiento administrativo como

la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que hasta ese momento legitimaban, para accionar y/o recurrir, tanto en la vía administrativa como en la vía judicial, únicamente a “los que tuvieran interés directo en ello”, e introducen el derecho de cualquier persona, ya sea física o jurídica, a exigir, en ambas vías, la observancia de la normativa urbanística.

Dicho en otras palabras, la acción pública faculta al ciudadano para personarse ante una Administración pasiva y requerirle para que actúe en pro del restablecimiento o el mejor cumplimiento de la legalidad. De no obtener una respuesta adecuada, en su caso podrá interponer el recurso administrativo hasta la revisión de oficio que en su caso proceda, y posteriormente, en su caso, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El reconocimiento de la acción pública se recoge, como se ha visto, con rango constitucional y carácter general en el artículo 125 de la nuestra Constitución, como una manifestación de la participación ciudadana en vía administrativa y de la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, estableciendo que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular”, lo que entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva en ese ámbito.

En virtud de la acción pública se atribuye a cualquier persona la legitimidad para exigir la observancia del ordenamiento urbanístico, sin necesidad de ser titular de ningún derecho subjetivo, ni de interés alguno, que no sea el interés de la mera defensa de la legalidad.

En definitiva, puede afirmarse que la acción pública consiste en la atribución de legitimación, a todo ciudadano, persona física o jurídica, para perseguir actuaciones contrarias a la legislación urbanística y al planeamiento, sin que se exija tener o acreditar un derecho subjetivo o interés legítimo.

Es, por tanto, un derecho del ciudadano que únicamente está condicionado a los requisitos de “capacidad procesal”; es decir, capacidad para ser parte en un proceso.

En vía jurisdiccional, esta capacidad la poseen las personas físicas y jurídicas con arreglo al artículo 6 en relación con el 7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, y el artículo 1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y, en la esfera administrativa, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en el artículo 3.

Buen número de pronunciamientos jurisdiccionales abordan la configuración de la acción pública urbanística. Así:

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 30 de abril de 1999**:

“No aparecen demostradas, en modo alguno, las afirmaciones que se efectúan, siendo de recordar, en fin, que la acción pública, por su propia

naturaleza, está reconocida en el ordenamiento urbanístico (artículo 235.1 TRLS), de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Constitución y el artículo 19.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial, permitiendo a cualquiera ('quavis de populo'), y en mérito a su condición de ciudadano ('uti cives') el ejercicio de la misma sin necesidad de demostrar la existencia de interés o provecho subjetivo alguno, siendo bastante el interés que representa el restablecimiento de la legalidad y del ordenamiento jurídico que se afirma como vulnerado. Los casos que se aducen por los recurrentes se refieren a situaciones muy distintas a las que se aprecian aquí, donde no existe ningún resultado torticero ni un ejercicio abusivo del propio derecho”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de enero de 2002:

“La finalidad prevalente y fundamental [...] es la de perseguir y conseguir, por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando estas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación”.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 10 de noviembre de 2004:

“Ninguno de los criterios de interpretación de las normas jurídicas, expresados en el artículo 3.1 del Código Civil, conducen a la estimación del motivo de casación, en ninguna de las dos vertientes en que se descompone:

A) Por lo que hace a la primera, por las siguientes razones, valoradas conjuntamente: Una, porque aquel artículo 304.1 (y antes el artículo 235.1 del Texto Refundido de 1976), tras afirmar ‘que será pública la acción’, no exige después ningún requisito de forma para su ejercicio, ni, más en concreto, la expresión por el accionante de que es esa y no otra la acción que ejercita; esa atribución, expresada imperativamente y no seguida de la exigencia de ningún requisito de forma, ni de ninguna otra referida a las cualidades del accionante, elimina de raíz la necesidad de prestar atención al requisito procesal de la legitimación, para pedir, tan sólo, el de la capacidad de obrar procesal.

Otra, porque el espíritu y finalidad de la norma es incentivar la defensa del régimen urbanístico, propiciando su observancia, lo que no abona la sujeción del ejercicio de la acción pública de que se trata a cortapisa,

límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no derive del resto del ordenamiento jurídico”.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 7 de junio de 2013:**

“La extensión legal de la acción pública a determinados ámbitos se realiza en atención a los diferentes y sensibles intereses en juego, porque la acción pública lo que pretende es robustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes. Se considera, en definitiva, que la relevancia de los intereses en juego demanda una protección más vigorosa y eficaz que la que puede proporcionar la acción de los particulares afectados, por lo que ha de extenderse la misma a cualquier ciudadano que pretenda simplemente que se observe y se cumpla la ley”.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de noviembre de 2019:**

“CUARTO: La acción pública es un instrumento puesto al servicio de los ciudadanos que consiste en la atribución de legitimación para perseguir conductas que infrinjan la normativa aplicable a sectores especialmente vinculados a valores que afectan a la comunidad.

La STS de 21 de enero de 2002 (Casación núm. 8961/1997) nos recuerda que ‘la finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992 (actual art. 62 Real Decreto Legislativo 7/2015), es la de perseguir y conseguir, por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando estas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación’.

La STS de 10 de noviembre de 2004 (Casación núm. 2537/2002) añade que: ‘el espíritu y finalidad de la norma es incentivar la defensa del régimen urbanístico, propiciando su observancia, lo que no abona la sujeción del ejercicio de la acción pública de que se trata a cortapisa, límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no derive del resto del ordenamiento jurídico’.

Consecuentemente, el legislador ha considerado que el interés en el cumplimiento y observancia de la legislación urbanística constituye una causa que justifica suficientemente una atribución de legitimación amplia, por encima de los intereses particulares, en la que sólo actúa

como limite el ejercicio de tal derecho de acuerdo con el principio de la buena fe”.

Ahora bien, no se debe olvidar, tal y como ha reconocido la **Sentencia del Tribunal Constitucional 154/1997, de 29 de septiembre**, que no nos hallamos ante “[...] un derecho absoluto o incondicionado, sino [...] un derecho de configuración legal que, en consecuencia, el legislador puede regular y condicionar en su ejercicio”, estableciendo limitaciones y prohibiciones al mismo, de ahí que haya de estarse en su regulación al contenido del artículo 5 en relación con el 62 del precitado Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

8

Crítica a su mantenimiento y proyectos sobre su modificación

El reconocimiento de la acción pública en materia de urbanismo no es una materia pacífica, ya que, como resulta conocido, existe un nutrido sector doctrinal que aboga por su desaparición con el fin de “poner coto a los recursos abusivos en España después de más de medio siglo de experiencia”, al extremo de que “no hay más remedio que suprimir la acción pública”.

O, cuando menos, su reforma, reconvirtiendo la acción pública urbanística en la acción popular prevista en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de la que procede dejar oportuna constancia de lo establecido en sus artículos 3.3), 22 y 23:

“Artículo 3. Derechos en materia de medio ambiente

Para hacer efectivos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo, todos podrán ejercer los siguientes derechos en sus relaciones con las autoridades públicas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y con lo establecido en el artículo 7 del Código Civil:

[...]

3) En relación con el acceso a la justicia y a la tutela administrativa:

- a) A recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que contravengan los derechos que esta Ley reconoce en materia de información y de participación pública.
- b) A ejercer la acción popular para recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que constituyan vulneraciones de la legislación ambiental en los términos previstos en esta Ley”.

“Artículo 22. Acción popular en asuntos medioambientales

Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se exceptúan los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas enumeradas en el artículo 2.4.2”.

“Artículo 23. Legitimación

1. Están legitimadas para ejercer la acción popular regulada en el artículo 22 cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.
- b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
- c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

2. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro a las que se refiere el apartado anterior tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita”.

Efectivamente, como se señala en la Exposición de Motivos, no cabe confundir la acción pública con la acción popular de esa Ley:

“Asimismo, la Ley incorpora la previsión del artículo 9.3 del Convenio de Aarhus e introduce una especie de acción popular cuyo ejercicio corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente, que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por el acto u omisión impugnados. Se consagra definitivamente, de esta manera, una legitimación legal para tutelar un interés difuso como es la protección del

medio ambiente a favor de aquellas organizaciones cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales”.

Así, en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 16 de junio de 2016**, se sentaba:

“Se observa sin dificultad que esta acción popular no es la acción pública que admiten algunos sectores de nuestro ordenamiento jurídico. Como hemos dicho en sentencia de 7 de junio de 2013 (rec. cas. núm. 1542/2010), ‘(l)a acción pública que reconoce la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, es una acción pública peculiar, porque tiene unos límites hasta ahora desconocidos en el ejercicio de la acción pública. Baste señalar que su ejercicio depende de la concurrencia de una serie de requisitos, entre los que destaca, por lo que hace al caso, que la acción habrá de ejercitarse, en todo caso, por asociaciones dedicadas a la defensa del medio ambiente, sin que el ejercicio de esta acción se reconozca a las personas físicas. Sobre las dudas surgidas en torno a si estamos o no ante una verdadera acción pública, porque lo esencial en este tipo de acciones es que se permita el ejercicio de la acción a cualquier *ciudadano* (artículo 19.1.h de la LJCA), solo debemos añadir que la propia Ley 27/2006, de 18 de julio, en su exposición de motivos, duda de su naturaleza al señalar que se introduce una *especie de acción popular* cuyo ejercicio corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente’.

También destacábamos las peculiaridades y limitaciones de la acción pública medioambiental, en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2007 (rec. cas. núm. 8001/2003) al declarar que propiamente no existe una acción pública medioambiental, y señalábamos allí que ‘el ordenamiento jurídico no concede una acción pública en materia de protección del medio ambiente, ni siquiera en la reciente Ley 27/2006, de 18 de Julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual, en su artículo 22, sólo otorga acción popular a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y sólo cuando cumplen los requisitos de su artículo 23”.

No otra conclusión cabe alcanzar con la “Proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística”, de 15 de octubre de 2018, del Grupo Parlamentario Popular, que presenta en el Congreso de los Dipu-

tados que, entendiendo que la regulación de la acción pública está desconectada de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística actuales “y, en muchos casos, de una verdadera defensa de los intereses públicos”, para corregir esa situación, se propone restringir la legitimación de la acción pública, configurándola en la propuesta de redactado del artículo 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, quedando redactado dicho artículo del siguiente modo:

“1. Los actos e inactividad de los órganos administrativos que vulneren la legislación o los instrumentos de ordenación territorial y urbanística podrán impugnarse, además de por quienes estén legitimados para ello según la legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan los siguientes requisitos:

a) Tener, entre los fines acreditados en sus estatutos, la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y el urbanismo y desarrollar su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación o inactividad administrativa.

b) Haberse constituido legalmente, al menos, dos años antes del ejercicio de la acción y, durante ese tiempo, haber venido ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos”.

La propuesta fue admitida a trámite, pero nunca llegó a aprobarse, al haber sido disueltas las Cortes Generales en el año 2019.

Y ya más reciente tenemos el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, del Gobierno, que para el artículo 62 ofrece el siguiente contenido:

“Artículo 62: Acción pública

1. En la defensa de los intereses generales vinculados con la ordenación del territorio y el urbanismo las personas físicas y las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán impugnar los actos y disposiciones, así como la inactividad de los órganos administrativos, que vulneren la legislación o los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. El ejercicio de esta acción no podrá ser contrario a la buena fe, constituir un abuso de derecho o pretender el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

2. Cuando la acción pública se ejercite frente a instrumentos de ordenación territorial y urbanística versará únicamente sobre los aspectos materiales o sustantivos del plan, sin que puedan aducirse eventuales

vicios formales o atinentes al procedimiento, salvo que se acredite de modo fehaciente la relevancia e influencia que dicho defecto formal tenga sobre aspectos sustantivos y concretos de los mismos.

3. El desistimiento en vía administrativa o contencioso administrativa de la acción pública regulada en este artículo no podrá conllevar contrapartidas económicas. Esta interdicción se extiende al momento procesal de ejecución de la correspondiente sentencia.

4. Cuando el ejercicio de la acción pública esté motivado por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística”.

El objeto de la reforma vuelve a ser intentar reforzar la seguridad jurídica en la planificación territorial y urbanística, ahora a través de tres vías: el reconocimiento expreso de la naturaleza jurídica de los planes de ordenación territorial y urbanística, la determinación de las consecuencias procesales por vicios procedimentales, ya sea nulidad absoluta o anulabilidad, y la reconfiguración de la acción pública.

Y por lo que hace referencia a la acción pública, se limita a las personas físicas y las personas jurídicas sin ánimo de lucro (solo ellas podrán impugnar los actos y disposiciones, así como la inactividad de los órganos administrativos), y versará únicamente sobre los aspectos materiales o sustantivos del plan, sin que puedan aducirse eventuales vicios formales o atinentes al procedimiento, salvo que se acredite de modo fehaciente la relevancia e influencia que dicho defecto formal tenga sobre aspectos sustantivos y concretos de los mismos.

9

Subjetivamente: titularidad de la acción pública urbanística

9.1

Legitimación ajena a la de un derecho o interés legítimo

Inexcusablemente la regla general en materia de legitimación pivota en la necesidad general que tienen los recurrentes en un proceso contencioso-administrativo de tener un específico derecho o interés legítimo que los vincule con la actividad objeto de impugnación; sin embargo, como excepción, en determinadas ocasiones, ese concreto y específico interés legítimo que vincula al recurrente con la actividad objeto de impugnación no resulta exigible.

Ese requisito legitimador no resulta de aplicación en algunos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa, en los que cualquiera puede interponer un recurso sin ninguna exigencia adicional. Es lo que se denomina “acción popular” en el artículo 19.1.h) de la Ley de esta jurisdicción, y que la mayor parte de nuestras leyes sectoriales denominan “acción pública” concurrente, por ejemplo, en el ámbito del urbanismo o en determinados aspectos relacionados con el medio ambiente.

Y así, se permite a los administrados la posibilidad de impugnar cualquier actuación administrativa sin tener conexión directa alguna que les atañe, esto es, ni derecho subjetivo que defender ni tampoco interés legítimo.

Ahora bien, cabe la legitimación derivada del interés directo y la derivada de la acción pública.

Es decir, además, es perfectamente posible y compatible disponer de los dos tipos de legitimación, la derivada del interés directo en el asunto y la popular otorgada por las leyes para determinados sectores como es el del urbanismo.

Así, en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 16 de abril de 2013**, se establecía:

“Vaya por delante que aunque en determinados casos se considere posible simultanear la acción pública, en defensa de la legalidad urbanística, y al mismo tiempo la derivada de la condición de interesado, normalmente por la circunstancia de ser propietario de terrenos afectados por la ordenación (Sentencias de esta Sala y Sección de 16 de febrero de 2012 y 17 de mayo de 2012 –recursos de casación 4524/2009 y 6440/2009–), en el caso examinado, tanto los motivos de impugnación como las pretensiones ejercitadas estaban directa e inequívocamente dirigidos a la defensa de los intereses particulares de la propietaria de los terrenos incluidos en el APE-12, cuya titularidad se arrogaban los recurrentes en la demanda, y al reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, apelando precisamente a la condición de propietarios. Así, con carácter principal, en la súplica de la demanda interesaban que fuera dejada sin efecto la categorización correspondiente al APE-12 o en cualquier caso ‘reconocimiento del derecho del recurrente’ (sic) a que le sea clasificada su propiedad entera como SUC (suelo urbano consolidado), sin perjuicio de las cesiones...’, y, subsidiariamente, para el supuesto de que no se accediera a lo anterior, instaban, bien la anulación del plan en cuanto a la fijación de las condiciones de ordenación referidas al ámbito APE ‘con expresa declaración del derecho de mis mandantes a que se establezcan unas condiciones de ordenación que atribuyan a los propietarios integrados en dicho ámbito el mismo

AT (aprovechamiento tipo) que el fijado para el ámbito del SUNC que lo tenga más elevado; bien, una indemnización a cargo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia por la diferencia de aprovechamiento. De hecho la sentencia de instancia da principio a sus razonamientos al respecto de la legitimación indicando que ni en el escrito de demanda ni en el de conclusiones los recurrentes aducían que su actuación se realizara, en cualquier caso, en defensa de la legalidad urbanística, a lo que cabe añadir como complemento ahora que esto tampoco podía quedar sobreentendido ni siquiera con respecto a algunos de los aspectos y pretensiones contenidas en el recurso contencioso”.

9.2

Acción pública: españoles y extranjeros

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre**, señala a este respecto lo siguiente:

“El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución Española, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Nuestra Ley Jurisdiccional no añade nada, a diferencia del art. 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina que “los ciudadanos españoles podrán ejercer la acción pública”.

Acudiendo a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, destaca la falta de pronunciamiento expreso sobre la admisión del ejercicio de la acción pública contencioso-administrativa por parte de extranjeros, si bien su art. 3.1 establece, sin restricciones adicionales, lo siguiente:

“los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I CE en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”.

Ningún límite se deriva de nuestra legislación a la posibilidad de ejercicio de la acción pública de los extranjeros.

De tal regulación legal, concluyó la sentencia citada que ningún límite se deriva de nuestra legislación a la posibilidad de ejercicio, por parte de los extranjeros, de la acción pública en materia de urbanismo.

Dicho en otras palabras, cuando el legislador habla de ciudadano, se está refiriendo tanto a nacionales como a extranjeros. Así ha sido establecido en la **Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 de noviembre de 2015**:

“Además, en materia de régimen local, los extranjeros, sean comunitarios o no, tienen derecho a la participación pública, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten. De esta forma, frente a un Plan de Ordenación Urbana de la ciudad en la que residen, no pueden dejar de ser oídos por el hecho de ser extranjeros y, consiguientemente, legitimados para el ejercicio de la acción pública urbanística, regulada en el artículo 48 del Texto refundido de la Ley de suelo estatal”.

9.3

Acción pública: personas físicas y personas jurídicas

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 129/2001, de 4 de junio**, estableció lo siguiente:

“En efecto, este precepto constitucional [el 125 CE] se refiere explícitamente a ‘los ciudadanos’, que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), [...]”.

Y según la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 14 de mayo de 2010**:

“Este reconocimiento de la acción pública nos hace concluir que efectivamente la sociedad mercantil estaba legitimada activamente para pretender la nulidad de la clasificación como suelo no urbanizable de la finca 737 y del entorno de la misma. Queremos enfatizar precisamente en la pretensión de nulidad que es el contenido propio para el ejercicio de esta acción, que tiene por finalidad defender la legalidad urbanística mediante el ejercicio de la acción tendente a depurar las vulneraciones normativas. De manera que cuando se pretende la nulidad de los actos y disposiciones que contradigan el ordenamiento urbanístico, así como la adopción de medidas que restablezcan dicha legalidad, tal

pretensión resulta amparada por la acción pública. Si bien, claro está, la misma no se extiende a las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada referida sólo a intereses privados. Por tanto, en la medida en que lo que está en juego es la conformidad a derecho de la clasificación establecida por Plan Municipal de Zizur, se entiende que es la defensa de la legalidad urbanística lo que decide y, por tanto, puede ser promovido el recurso mediante la acción pública”.

9.4

Acción pública: personas jurídicas, privadas y públicas

Cuando se alude a las personas jurídicas, debe entenderse por estas tanto las públicas como las privadas, como establece la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 31 de diciembre de 2001**:

“En cualquier caso, la Diputación también se encuentra legitimada para el ejercicio de la acción pública. Como hemos reconocido en las sentencias de 24 de diciembre de 2001 (recursos directos 347/1999 y 37/2000) y de 26 de diciembre de 2001 (recurso directo 547/2000), a propósito de la impugnación del mismo acuerdo de Consejo de Ministros, la acción pública del artículo 304 del TRLRS alcanza a la impugnación de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros al amparo del artículo 244.2 del TRLRS. En efecto, dicho precepto contiene una regulación que incide directamente en la normativa urbanística vigente, al imponer su modificación o revisión cuando concurren los presupuestos habilitantes que contempla dicho artículo”.

Sin olvidar que esa potestad se proyecta, tal y como recoge el artículo 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en el campo administrativo y en el jurisdiccional contencioso-administrativo.

9.5

Acción pública por una Administración pública

En este punto importa traer a colación la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 27 de mayo de 1998**, que reconoció la acción pública de un municipio del siguiente modo:

“QUINTO.- Antes de entrar en la cuestión de fondo (que es si es o no conforme a Derecho que en la aprobación definitiva del suelo urbani-

zable se clasificara como tal la parte del Sector 15 en la que existe una masa arbórea), conviene desbrozar el hilo discursivo con las siguientes precisiones:

1ª.- Hay problemas que laten en este proceso, como los referentes a la cuestión del término municipal de Garrucha, y a la existencia o no de un censo enfiteútico sobre el terreno discutido, que nada tienen que ver con el problema urbanístico de clasificación del suelo, que es aquí el único que importa.

2ª.- La solicitud de indemnización de “costas y daños y perjuicios causados por la suspensión del acto administrativo” debe en este momento ser rechazada, pues la ha planteado la parte actora fuera del cauce establecido en el artículo 124-4 de la Ley Jurisdiccional.

3ª.- La alegada indefensión que se dice sufrida por la parte apelante por no haber sido emplazada en la instancia ha resultado subsanada en esta segunda, y así lo ha entendido ella misma al no solicitar la anulación de la sentencia por motivos de forma, sino por motivos sustantivos.

4ª.- El Ayuntamiento de Garrucha está legitimado para ejercitar la acción pública que existe en materia de urbanismo (artículo 235 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de Abril de 1976), no importando, por lo tanto, que el suelo discutido no se encuentre en su término municipal y pertenezca al vecino de Mojácar, de quien es el planeamiento discutido”.

La acción popular en sede contencioso-administrativa por parte de una Administración pública ha sido reconocida sin ningún problema por la jurisprudencia contenciosa, que no parece encontrar dificultad en permitirla.

No obstante, salvo en supuestos de colindancia, en los que incluso se podría sostener la existencia de un interés legítimo, parece difícil y desde luego resulta extraña la figura de una Administración pública ejercitando una acción popular.

9.6

Acción pública y los concejales

En este punto, por lo demás nada episódico, sino habitual, resulta relevante incorporar la doctrina establecida en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 de diciembre de 2019**, en que se estableció lo siguiente:

“SEXTO.- Partiendo de lo anterior tenemos que responder a la precisión jurisprudencial que se nos plantea, y debemos hacerlo en un sentido doblemente positivo:

1º. En primer lugar, y de conformidad con la doctrina de la Sala sobre el ejercicio de la acción pública, en el ámbito urbanístico, no encontramos oposición a que la misma pueda ser utilizada por los Grupos Municipales.

Debemos indicar que la sentencia no introduce ninguna cuestión nueva, relativa a la acción pública, sino que se limita a dar respuesta a las causas de inadmisibilidad del recurso que habían opuesto el Ayuntamiento recurrido en la instancia, que, como vimos, habían cuestionado la legitimación y la capacidad procesal del Grupo Municipal, entonces recurrente, para interponer el recurso.

Conforme a los principios de *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, el órgano jurisdiccional puede –y debe– fundar el fallo en el derecho adecuado a la solución del caso, pudiendo así emplear argumentaciones jurídicas propias y distintas de las invocadas por las partes, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas, los motivos planteados por las partes, o la solución a las causas de inadmisibilidad opuestas, siempre que no se altere la *causa petendi* ni se sustituya el *thema decidendi*.

Por tanto, no existía obligación por parte del Tribunal de instancia de someter a la consideración de las partes la posibilidad de interpretar que, como los Grupos políticos municipales solo tienen funciones estrictamente corporativas cuando se impugnan, en nombre de los concejales, los acuerdos, ha de entenderse que son los concejales que los componen los que en el ejercicio de su cargo público llevan a cabo la impugnación interviniendo como recurrentes, que fue, en definitiva, unos de los criterio en que se sustenta la decisión de instancia de rechazar las causas de inadmisibilidad.

En la STS de 23 de abril de 2010 (RC 3648/2008) esta Sala reconoció la acción pública incluso para la ejecución de las sentencias, en continuación con la doctrina establecida en la STS (Pleno) de 7 de junio de 2005 (RC 2492/2003), expresándose en los siguientes términos:

'[...] Pues bien, una vez que esta Sala viene reconociendo a las personas afectadas la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de junio de 2005 citada y dictada en el recurso de casación nº 2492/2003), y reconocida también la acción pública en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico para la protección de la legalidad tanto como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de febrero de 2000 dictada en el recurso de casación nº 5187/1994), como para personarse en la ejecución (sentencia de 26 de

enero de 2005 dictada en el recurso de casación nº 6867/2001), resulta forzoso concluir que la asociación recurrente puede personarse en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia’.

En esta línea, pues, en tanto se mantenga la actual regulación de la acción pública.

2º. Desde la segunda perspectiva, tampoco podemos considerar que, en supuestos como el de autos, los Grupos Municipales, no cuenten con legitimación suficiente para la impugnación jurisdiccional de decisiones municipales como la adoptada por el Concejal Delegado del Área de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, al tratarse de:

a) Una decisión unipersonal, por tanto, sin posibilidad de ser votada por los integrantes del Grupo Municipal en ninguno de los órganos del Ayuntamiento.

b) Una decisión, en consecuencia, que, en concreto, tampoco pudo ser votada por los cuatro concejales –pertenecientes al Grupo Municipal recurrente en la instancia– que asistieron a la Comisión Permanente Ordinaria de Desarrollo Urbano Sostenible en la que, simplemente, se les dio cuenta de la Instrucción, aprobada por el Concejal Delegado con anterioridad, y que, incluso, en esa misma fecha, ya se encontraba publicada en el Boletín Oficial del Ayuntamiento. Esto es, una decisión de que los restantes concejales del Grupo Municipal recurrente (y de otros Grupos) sólo tuvieron conocimiento oficial una vez publicada la Instrucción en el Boletín Oficial.

c) Obviamente, debemos partir de la doctrina establecida por la Sala en las SSTs de 7 de febrero de 2007 y 11 de febrero de 2012 (RRCC 2946/2003 y 5552/2010) en el sentido de reconocer la legitimación al Grupo Municipal en los siguientes términos:

‘Si bien es cierto que el Grupo Municipal comparecido como demandante no estaría legitimado para ejercitar acciones en nombre de Concejales que no hubiesen discrepado de los acuerdos municipales combatidos o que no hubiesen expresado su voluntad de recurrirlos, en este caso se ejercita la acción por esa agrupación de Concejales, prevista legalmente (artículos 20.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y 23 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, cuando todos ellos habían votado en contra de los acuerdos de la Corporación y han manifestado la decisión unánime de ejercitar contra dichos acuerdos las oportunas acciones en sede jurisdiccional, de manera que,

conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 18 y 19.1 b) de la Ley de esta Jurisdicción, debe considerarse al Grupo Municipal demandante legitimado para sostener las referidas acciones, porque si cada uno de los Concejales, que forman el Grupo, está legitimado para impugnar esos acuerdos al haber votado en contra de ellos y expresado su decisión de recurrirlos en vía contencioso-administrativa, no cabe negar legitimación al Grupo Municipal, en que legalmente se integran, para sostener la acción que todos y cada uno de sus miembros desea ejercitar, razón por la que la aducida causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación del demandante debe ser también rechazada'. Y,

d) En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial hemos de extender la legitimación de los Grupos Municipales a aquellos supuestos –como el de autos– en los que:

1. Se trata de una decisión unipersonal, y no colegiada.
2. Sin posibilidad de control, fiscalización o aprobación en ningún órgano colegiado; solo un conocimiento posterior de la misma; y,
3. Sobre todo, sin posibilidad de ser votada por ninguno de los concejales del Grupo Municipal; como bien dice la sentencia de instancia 'los concejales que integran el grupo político, no han votado ni a favor ni en contra de la citada instrucción, pues no ha sido objeto de control plenario', por tanto, la legitimación se extiende 'también para impugnar los actos de los órganos unipersonales de dichas corporaciones locales que, como en el presente, se han sustraído al control del órgano colegiado de jerarquía superior, dictado con manifiesta incompetencia y prescindiendo del procedimiento legalmente previsto'".

10

La ordenación territorial y urbanística, los proyectos de ejecución y la evaluación ambiental

Vuelve a ser necesario detener la atención en lo dispuesto en los artículos 5.c, d y f y 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en el sentido de que lo verdaderamente decisivo es atender a una acción pública dirigida a hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución.

Desde luego, en la variada gama de supuestos que despliega el ordenamiento jurídico urbanístico. Así:

- en sede de planeamiento urbanístico,
- en sede de gestión urbanística,
- en sede de titulación habilitante,
- en sede de protección de la legalidad urbanística.

En ocasiones se ha tratado de indicar que debiera excepcionarse la materia de gestión urbanística y en concreto en sede de instrumentos equidistributivos. No es esa una buena conclusión cuando en general y en principio los intereses públicos en esa sede siguen siendo trascendentes y relevantes –delimitación de ámbitos de gestión urbanística, sistemas de ejecución, proyectos de urbanización...-. Y en concreto, sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente, la materia de proyectos equidistributivos no solo debe ser examinada desde la órbita del principio de justa distribución de beneficios y cargas entre propietarios, sino además desde la sentida órbita del efectivo cumplimiento del principio de participación por la Administración en las plusvalías con la esencial importancia de las cesiones obligatorias, gratuitas y compensadas, en especial en materia de zonas verdes, equipamientos y viales que deben hallarse en el perímetro de actuación de la acción pública caso de desatención o vulneración.

Igualmente en materia de protección de la legalidad urbanística se va deslizando la necesidad de excepcionar el derecho sancionador. Tampoco esa tesis excepcionadora se estima atendible cuando nos hallemos ante el ejercicio de una potestad reglada, cuando esa vía incorpore el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística.

Importa igualmente destacar la ampliación que se reconoce sobre la evaluación ambiental bien en sede de planes y programas o en sede de proyectos, lo que no resulta ocioso destacar.

Y tampoco cabe silenciar que respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística incide en la posibilidad de irradiar los efectos de la acción pública urbanística a otros ordenamientos que tomen como referente obligado la conformidad urbanística (sic), especialmente en supuestos medioambientales en su caso de titulación habilitante ya puestos de manifiesto en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 2012**, al argumentar lo siguiente:

“Si de legitimación por acción pública se tratase debemos recordar, en fin, que la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que, al margen de la dimensión medioambiental del Reglamento de actividades, cuando la temática esencial de impugnación de una actividad radica precisamente en su emplazamiento según el artículo 4 del RAMINP que, como

es sabido, se supedita a lo dispuesto en los planes de ordenación urbana cabe admitir el ejercicio de la acción pública establecida como legitimación en materia urbanística (Sentencias de 3 de diciembre de 2001 (Casación 5349/1997), 31 de enero de 2001 (Casación 9275/1995) y de 28 de marzo de 2000 (Casación 7704/1994), por lo que tampoco necesitaba la Sala de instancia considerar el alcance del artículo 8 de la Ley foral 4/2005”.

O bien en supuestos de declaración de interés comunitario con trascendencia urbanística, como sienta la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 11 de noviembre de 2016:**

“En el primer motivo de casación se asegura que lo impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional no es una decisión administrativa que resuelva cuestiones urbanísticas sino el uso por la Administración de su potestad de revocar un acto administrativo por razones formales sin que esté concernido el interés público ni sea contraria al ordenamiento jurídico, ya que la Administración resolvió revocar la denegación de Declaración de Interés Comunitario debido a que el procedimiento, en que se denegó ésta, debería haber terminado con un archivo sin resolver sobre el fondo, dado que, además, la entidad mercantil recurrente no había pedido dicha declaración sino una autorización de ocupación temporal de un monte.

Es cierto que el procedimiento de revocación de su propio acto, acometido por la Administración autonómica demandada, no tenía una finalidad propiamente urbanística ya que se trataba de la revisión de un procedimiento administrativo previo.

Ahora bien, ese procedimiento administrativo previo desembocó en la denegación de una Declaración de Interés Comunitario, denegación esta que tiene una evidente trascendencia urbanística, de modo que no se puede negar el interés de quien está legitimado para ejercitar la acción pública urbanística en personarse en ese procedimiento que ha concluido con la revocación de un acto de claro y manifiesto contenido urbanístico, y, por consiguiente, la Administración no debió declarar inadmisibles el recurso de reposición, que ha sido el acto impugnado en sede jurisdiccional con plena legitimación para ello y para plantear la legalidad o no de la decisión administrativa revocatoria de su previo acto denegatorio de la Declaración de Interés Comunitario, razones todas por las que la Sala de instancia, al considerar debidamente legitimadas para el ejercicio de la acción pública urbanística, tanto en vía previa como en sede jurisdiccional, a las Asociaciones demandantes, no ha conculcado lo establecido en los artículos 19.1 h) de la Ley de esta

Jurisdicción y 48 del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008, por lo que este primer motivo de casación tampoco puede prosperar”.

11

La actividad administrativa impugnable

La acción pública urbanística puede ejercerse contra:

- un acto administrativo en vía administrativa por la vía de los recursos administrativos y posterior vía jurisdiccional contencioso-administrativa,
- un acto administrativo en vía administrativa por la vía de la revisión de oficio y posterior vía jurisdiccional contencioso-administrativa,
- un convenio urbanístico en vía administrativa y posterior vía jurisdiccional contencioso-administrativa,
- una disposición reglamentaria en vía jurisdiccional contencioso-administrativa,
- una actividad material de la Administración en los términos del artículo 29 de nuestra Ley Jurisdiccional,
- una vía de hecho en los términos del artículo 30 de nuestra Ley Jurisdiccional.

Especial mención merece la revisión de oficio de actos en los supuestos de anulación y de revisión de oficio por nulidad de disposiciones reglamentarias, ya que, a diferencia de la revisión de oficio por nulidad de actos administrativos, no se comprenden los casos de legitimación de particulares y, por tanto, de posible ejercicio de la acción pública y que deben quedar reservados legalmente a las Administraciones, como se establece en los supuestos de los artículos 106.2 y 107.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, en su caso, con las especialidades del correspondiente derecho autonómico.

12

Pretensiones a ejercitar

Las pretensiones que se hallan en el halo de la acción pública son:

- las de nulidad o anulación de actos o disposiciones generales que contradigan el ordenamiento jurídico urbanístico;
- las medidas de restablecimiento de la legalidad vulnerada;

— pero no las de reconocimiento de una situación jurídica individualizada reservada a los titulares de un derecho o interés legítimo, y entre ellas la de indemnización de daños y perjuicios,

como sienta, por todas, la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 17 de febrero de 2015:**

“Esto es así, por tanto, incluso aunque no ostentara la titularidad dominical de ningún inmueble, pues la acción pública le permite impugnar cualquier norma incluida en el plan general que, recordemos, es una disposición de carácter general aunque de rango reglamentario. Quiere ello decir que el contenido propio para el ejercicio de esta acción se concreta en una pretensión de nulidad de la disposición, pues su finalidad es defender la legalidad urbanística mediante el ejercicio de la acción dirigida a depurar las vulneraciones normativas en que pueda haber incurrido. De manera que cuando se pretende la nulidad de los actos y disposiciones que contradigan el ordenamiento urbanístico, así como la adopción de medidas que restablezcan dicha legalidad, tal pretensión resulta amparada por la acción pública. Si bien, claro está, la misma no se extiende a las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada reservada sólo a aquellos titulares de un derecho o interés legítimo”.

Y, del mismo modo, la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 16 de marzo de 2016:**

“La habría podido haber si con motivo de la acción pública se hubiese obtenido el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva. Pero sucede que no es tal el resultado que alcanza la sentencia impugnada que incorpora a su parte dispositiva un pronunciamiento meramente anulatorio, esto es, excluye por falta de motivación suficiente a los sectores impugnados de su consideración como suelo urbanizable y anula en su consecuencia su previsión como tales, en los términos pretendidos por el plan general; pero ahí se detiene con toda corrección la sentencia impugnada, en la medida en que lo que se ejercita es una acción pública en defensa de la legalidad urbanística, que apodera para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, como señala el artículo 48 de la Ley de Suelo, pero no para el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva.

Y, por supuesto, también los propietarios de suelo pueden esgrimir una pretensión de la índole de la que se acoge, esto es, una pretensión anulatoria, precisamente, lo que no pueden por la vía de la acción pública es pretender otra cosa. El hecho de ser propietarios, por tanto, no les aboca a defender solo una pretensión de reconocimiento de su situa-

ción jurídica individualizada, que es lo que a la postre el recurso parece querer insinuar o dar a entender”.

Y desde luego con perfecta posibilidad de articular temáticas de procedimiento como de fondo y con la relevancia de motivos de nulidad como de anulación. Así, en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 25 de abril de 2014**, se argumentó:

“A) Así, el motivo noveno debe acogerse. La Sala basa su argumentación en que el ejercicio de la acción pública no admite la invocación del incumplimiento de un requisito formal como el alegado en el recurso. Sólo podría ello prosperar, si el recurrente ostentara la condición de interesado, lo que no ha quedado acreditado en autos.

Sin embargo, al margen de las consideraciones que puedan suscitarse acerca del alcance del ejercicio de la acción pública más allá de su propio tenor (esto es, ‘de lege ferenda’), lo cierto es que el artículo 48 TRLS 08, al regular en la actualidad la acción pública en materia de urbanismo, no contempla en absoluto la restricción pretendida.

Por lo que, en ausencia de indicación alguna en tal sentido, debe otorgarse al precepto mencionado el alcance general que el propio texto legal le dispensa, esto es, la acción pública permite exigir tanto en sede administrativa como en sede judicial la observancia de la legalidad urbanística, tanto por cuestiones de fondo como de forma”.

13

Límites al ejercicio de la acción pública

Además de poder considerarse como límite el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, como sientan pluralidad de sentencias del Tribunal Supremo, en cuanto al ejercicio de la acción pública en el ámbito urbanístico, según la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 4 de mayo de 2016**:

“Cierto es que el ejercicio de la acción pública en el ámbito urbanístico está sujeto a los límites generales o comunes que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio de cualquier derecho, cuales son, básicamente, las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso de derecho”.

Centrando el comentario en los límites materiales y, en concreto, en las exigencias de la buena fe, procede traer a colación los artículos 7.1 del Código Civil y 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuanto establecen:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

“1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Así, cuando se trata de conseguir un beneficio personal y directo, como una compensación indemnizatoria, y no la protección de la legalidad urbanística.

Y respecto a la proscripción del abuso de derecho, se obliga a dirigir la atención a los artículos 7.2 de Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto disponen:

“2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

“2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal”.

Y abuso de derecho que exige prueba suficiente de su producción.

Así, cuando se ejercite la acción con la única intención de perjudicar a otro inclusive con mala fe.

Muestra de esas perspectivas son:

– La **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 1.^a, de 22 de enero de 1980**:

“CONSIDERANDO: Que superados los obstáculos que impidieron a la Sala de instancia penetrar en el fondo de la cuestión debatida, pertinente es abordarlo y al hacerlo, necesario es distinguir en él dos aspectos distintos, cuales son el de la procedencia objetiva de la clausura solicitada y el del uso de la acción y facultades públicas que el recurrente trata de hacer; en cuanto al primero, necesario es partir de la libertad de elección y ejercicio profesional, antes y después reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, y del concepto de licencia repetidas veces definido por esta Sala como remoción de los obstáculos que se oponen al ejercicio de la anterior libertad y al hacerlo, preciso es reconocer que a la autoridad le está permitido en uso de sus facultades públicas impedir el ejercicio autorizado de cualquier actividad, cuando circunstancias de interés general así lo demanden, pudiendo, por el contrario, tener una

cierta tolerancia durante los trámites de legalización de una actividad iniciada, cuando las circunstancias indicadas no se dan; en el caso de autos no aparecen éstas como acreditadas y si la tramitación de un expediente de legalización de una actividad artesano-industrial que alcanza ya el punto final, al no faltar más que la de cisión municipal sobre el otorgamiento o denegación de la licencia solicitada el 24 de enero de 1.973, siendo de hacer notar que sobre ese particular nada puede decidir la Sala, por faltar todavía la resolución municipal, indiscernible en el momento actual, por cuanto lo solicitado en tal fecha es la licencia correspondiente a tres talleres distintos, uno de artesanía, de noventa y ocho metros cuadrados de superficie, otro de pintura y barniz, de sesenta metros cuadrados de superficie y otro de tapicería de sesenta y cinco metros de superficie; en efecto, ninguno de ellos supera el límite de cien metros cuadrados que señala la ordenanza número cinco del plan general de ordenación urbana de la ciudad de Lugo, pero existe la grave sospecha de que tales talleres no tienen la debida independencia y que su delimitación es tan sólo un artificio para evitar la concreción señalada de la ordenanza, a la que de ese modo se trata de defraudar; pero sea ello lo que realmente proceda, lo cierto es que constituye materia sobre la cual corresponde pronunciarse a la autoridad municipal lucense y que a esta Sala le está vedado en el actual trámite procesal hacer pronunciamiento alguno al respecto, debiendo quedar este limitado a resolver sobre la cuestión de clausura y en cuanto a ella preciso es reconocer que no se dan circunstancias que hagan obligado el ejercicio de las facultades municipales durante ese período de legalización que debe ultimarse a la mayor brevedad, máxime teniendo en cuenta y con ello se aborda el segundo aspecto de la cuestión, que la actuación del recurrente no se ha hallado guiada por la buena fé que en el ejercicio de todo derecho exige el párrafo primero del artículo 7º del Código Civil, pues es claro que él ha pretendido el uso de una facultad pública, como es la del artículo 223 de la Ley de Régimen del Suelo, y que por la autoridad municipal se usara de sus atribuciones para satisfacer sus pasiones en contra del denunciado, hermano suyo, del que, a lo que parece, le separan graves diferencias; procede por tanto, en cumplimiento de lo señalado en el párrafo segundo del expresado artículo del Código Civil, que es, precepto de aplicación general en nuestro ordenamiento jurídico no amparar el ejercicio de un derecho que, por la forma y circunstancias de su actuación, es abusivo al sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio, ya que con ello sólo se busca el daño de un tercero, no necesario imprescindible para el benefi-

cio de la comunidad cuyos intereses tiene encomendado salvaguardar la autoridad municipal de la ciudad de Lugo, todo lo cual determina la improcedencia del recurso jurisdiccional interpuesto y la pertinencia de que se declare la conformidad jurídica del acto denegatorio presunto recaído respecto del escrito de 19 de septiembre de 1.973, sin que proceda hacer especial declaración de condena respecto de Las costas y tasas judiciales causadas en ambas instancias”.

– La **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 22 de enero de 1998**:

“A tal efecto el codemandado ofrece, como único elemento de juicio, la conjetura de que mediante la acción pública urbanística el recurrente persigue evitar la implantación de un establecimiento de restaurante por causa de rivalidad comercial, al ser él mismo también titular, en el edificio colindante, de otro restaurante. Sin embargo, aun cuando se llegara a admitir que la actuación de denuncia urbanística viniera motivada por el deseo de evitar la implantación de una actividad comercial en competencia con la que el denunciante desarrolla en el edificio colindante, es de ver que de esta finalidad y circunstancia no podría derivarse, al menos con el carácter de apreciación manifiesta requerida por el artículo 7.2 del Código Civil, que se hayan sobrepasado los límites normales del ejercicio de la acción urbanística; y ello por ser así que el interés comercial no es ajeno al contenido de la compleja operación de mediación y supeditación de intereses patrimoniales abordada desde el ejercicio de la potestad pública de planeamiento, por lo que el mero dato de un motivo de rivalidad comercial, por si mismo, no impide que el recurrente, en el ejercicio de la acción pública urbanística, albergue la finalidad de hacer efectivo el orden urbanístico instaurado por el Plan, frente a la propia Administración y en beneficio de la legalidad”.

– La **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 26 de julio de 2006**:

“El ejercicio de la acción pública urbanística no exige un ánimo *altruista* o *benéfico* en el ámbito de la intención, y en todo caso no resultaría un ejercicio abusivo de la acción pública, aunque el impulso último fuera aquél, si el eventual perjuicio que derivara de un pronunciamiento estimatorio de la acción resulta coincidente con el interés público relevante de hacer efectivo el respeto al ordenamiento jurídico urbanístico”.
 TERCERO.- Ciertamente es que el ejercicio de la acción pública en el ámbito urbanístico está sujeto a los límites generales o comunes que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio de cualquier derecho, cuales son, básicamente, las exigencias de la buena fe y la proscripción

del abuso del derecho. Pero no es menos cierto que la extralimitación ha de quedar perfectamente acreditada, pues es esto lo que exige la titularidad del derecho que se ejercita. Si se es titular del derecho, su ejercicio debe ser amparado, y todo obstáculo que lo impida, amén de estar previsto en el ordenamiento jurídico, debe quedar constatado”.

– La **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 17 de marzo de 2009:**

“Nosotros no compartimos la tesis de la Sala sentenciadora ni de las Administraciones demandadas, ahora comparecidas como recurridas, por ser contraria a la doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo interpretativa del significado y alcance de la acción pública, recogida, entre otras, en las Sentencias de fechas 21 de enero de 2002 (recurso de casación 8961/1997) y 11 de junio de 2003 (recurso de casación 7547/1999) que descartan los móviles que hayan propiciado ese ejercicio siempre que éste tenga la finalidad legítima de que se cumpla la legalidad urbanística, como consideramos que en este caso ha sucedido, aunque el demandante, ahora recurrente en casación, hubiese conocido la tramitación y aprobación del Plan General de Ordenación Urbana, que ha impugnado, por haber asesorado como abogado a unos propietarios de suelo afectados por aquél, que no llegaron a conferirle el cometido específico de accionar en su nombre, pues lo cierto es que, aun sin hacer mención de ello, el demandante otorgó poder, en su propio nombre y derecho, a una Procuradora, presentó el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y después la demanda, que fueron firmados, en su calidad de abogado, por el propio demandante, hecho que se comunicó al Colegio de Abogados de Sevilla.

En contra de lo apreciado por la Sala de instancia y alegado por las Administraciones recurridas, el demandante no ha ejercitado una acción de plena jurisdicción en interés de terceras personas sino una acción de nulidad de concretas determinaciones de un instrumento de ordenación urbanística, cual es el Plan General de Ordenación Urbana de Lucena, por entender que son contrarias a la legislación urbanística, tanto autonómica como estatal, de manera que, efectivamente, como aduce el recurrente, la Sala sentenciadora ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 304.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, expresamente declarado vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones 6/1998, de 13 de abril, y, como consecuencia de ello, el derecho del demandante, ahora recurrente en casación, a obtener una sentencia sobre el fondo de las cuestiones planteadas en la instancia”.

– La **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 14 de mayo de 2010:**

“Este reconocimiento de la acción pública nos hace concluir que efectivamente la sociedad mercantil estaba legitimada activamente para pretender la nulidad de la clasificación como suelo no urbanizable de la finca 737 y del entorno de la misma. Queremos enfatizar precisamente en la pretensión de nulidad que es el contenido propio para el ejercicio de esta acción, que tiene por finalidad defender la legalidad urbanística mediante el ejercicio de la acción tendente a depurar las vulneraciones normativas. De manera que cuando se pretende la nulidad de los actos y disposiciones que contradigan el ordenamiento urbanístico, así como la adopción de medidas que restablezcan dicha legalidad, tal pretensión resulta amparada por la acción pública. Si bien, claro está, la misma no se extiende a las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada referida sólo a intereses privados. Por tanto, en la medida en que lo que está en juego es la conformidad a derecho de la clasificación establecida por Plan Municipal de Zizur, se entiende que es la defensa de la legalidad urbanística lo que decide y, por tanto, puede ser promovido el recurso mediante la acción pública. Teniendo en cuenta, en fin, que lo que parecía cuestionarse en la instancia eran los valores del terreno como si de un suelo no urbanizable protegido, y por ello reglado, se tratara.

No está de más recordar que mediante la acción pública lo que se pretende es, en determinados sectores, robustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes, por lo que no podemos entender que en este caso concurra abuso alguno en su ejercicio”.

– La **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 4 de mayo de 2016:**

“Como segundo motivo al amparo del apartado d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, se razona que la sentencia vulnera las normas del Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia que resultan aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate y concretamente el art. 69.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con el artículo 7 del Código Civil.

Según la recurrente, la acción pública no pueda amparar pretensiones basadas en intereses destinados exclusivamente a dañar los derechos de un tercero, como ocurre en el presente caso, en el que los actores no son propietarios de parcelas en los ámbitos afectados por la modifica-

ción puntual n.º 11 y solamente ejercitan la acción pública, porque no se haya aplicado también a las urbanizaciones donde la entidad demandante tiene intereses.

El motivo debe ser desestimado, cierto es que el ejercicio de la acción pública en el ámbito urbanístico está sujeto a los límites generales o comunes que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio de cualquier derecho, cuales son, básicamente, las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho. Pero no es menos cierto que la extralimitación ha de quedar perfectamente acreditada, pues es esto lo que exige la titularidad del derecho que se ejercita. Si se es titular del derecho, su ejercicio debe ser amparado, y todo obstáculo que lo impida, amén de estar previsto en el ordenamiento jurídico, debe quedar constatado.

En este punto, cabe recordar algunas de las afirmaciones de este Tribunal Supremo referidas al concepto de la mala fe, como son aquellas que la ligan con la conducta deshonesta y desleal en las relaciones de convivencia, o con la que no se adecua a las exigencias imperativas éticas clamadas por la conciencia social en un lugar y momento histórico determinado, o con la que responde a una finalidad económico-social que es distinta de aquélla para la que se atribuyó el poder en que consiste el derecho subjetivo, o con la que es contradictoria con una anterior conducta generadora de confianza; y recordar, también, que la doctrina reiterada de este Tribunal Supremo requiere para poder apreciar el abuso del derecho que se revele de modo patente, manifiesto y claro que la intención o propósito sea sólo el de causar daño a otro sin que resulte provecho para el agente, no actuando abusivamente quien utiliza su derecho respondiendo al mismo criterio finalista que el que inspira a la norma legal atributiva de él.

Como se sostiene en la sentencia de 26 de junio de 2006 'Se está recurriendo la modificación puntual de una norma de planeamiento general, no un acto de concesión de licencia, y aunque afecta a un sector en el que no consta que la recurrente tenga intereses directos, ello no resulta exigible para el ejercicio de una acción pública frente a la norma de planeamiento que, en principio, está llamada a ordenar urbanísticamente el territorio del municipio del que no se cuestiona que la recurrente sea vecina, según resulta de la escritura de poder notarial otorgada. Tratándose de una norma de planeamiento, que tiene la naturaleza de disposición general, aun cuando se trate de una modificación puntual, en la alegación de que se persigue exclusivamente el perjuicio de un particular resulta de difícil apreciación sin concluir previamente que

la única finalidad de la modificación es atender a estos intereses particulares, y no a los generales del Municipio. Y siendo así, la coincidencia en el interés prevalente de respeto a la legalidad urbanística concurriría, en línea de principio, tanto en el municipio, como en quien sostiene la acción pública”.

Hay que añadir que la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación y del planeamiento está sujeta a un límite temporal.

El propio Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, prevé dos supuestos diferenciados, en función de si las obras consideradas ilegales se encuentran en curso de ejecución, o si están finalizadas.

En el primer caso, la acción se podrá interponer durante el tiempo que dure la ejecución de las obras y hasta el transcurso del plazo establecido para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, y, en el segundo caso, únicamente en los plazos fijados por el legislador para la incoación de medidas tendentes a la reposición de la legalidad vulnerada.

Deberán tenerse en cuenta los plazos para el ejercicio de la acción de reposición de la legalidad urbanística establecidos en función de la comunidad autónoma en que resulte de aplicación.

En todo caso, de sustancial relevancia es la doctrina que se recoge en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 21 noviembre de 2019**, al establecer:

“SEXTO: En la regulación del art. 19.1 h) LJCA, no se concreta el plazo que tiene el particular para ejercitar la acción pública cuando no se tiene un conocimiento formal de la infracción urbanística, plazo que, en otro caso, será el general de los dos meses.

Sin embargo, la jurisprudencia ha solucionado esta laguna legal estableciendo que el plazo de interposición de la acción se inicia desde el momento en que el reclamante tuvo conocimiento formalmente de la actuación presuntamente ilegal de la Administración.

Por tanto, en principio, si la acción pública se ejercita contra un acto expreso y notificado, el plazo de interposición será el propio del recurso administrativo que corresponda. Si se interpone frente a un silencio administrativo, no vence el plazo, y si la acción se ejercita frente a hechos que se consideran ilegales, el plazo será el fijado en cada norma reguladora.

En el caso de las licencias urbanísticas, el Tribunal Supremo (STS de 5-4-2002 y 26-10-2001) ha señalado que el plazo para el ejercicio de la acción pública es diferente según se haya tenido o no conocimiento

de la licencia. Si no se ha conocido la licencia, dicho plazo se prolonga durante el tiempo de ejecución de las obras y hasta el transcurso del plazo de cuatro años o el que establezca la correspondiente legislación autonómica, mientras que de mediar conocimiento de la licencia rige el plazo general de impugnación”.

En relación con los límites formales deberá estarse a los requisitos generales, habida cuenta de que, como afirma la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 10 de noviembre de 2004**, para su interposición no se exige requisito formal alguno, esto es, no resulta necesario que se concrete expresamente en el escrito de interposición que se está ejercitando concretamente la acción pública, ya que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo competente viene determinado por razón o por referencia al acto o disposición impugnados y no por la acción ejercitada, siendo aquel el mismo, por ende, tanto si se ejercita aquella acción pública como si se ejercita la acción sustentada en el interés legítimo.

14 Medidas cautelares

Ninguna duda debe caber en orden a que en el ejercicio de la acción pública cabe actuar y, en su caso, oponerse a los incidentes a que se dé lugar en el proceso.

Recordar que en el ejercicio de la acción pública es posible solicitar medidas cautelares, por lo que resulta de aplicación el artículo 133 de nuestra Ley Jurisdiccional cuando establece:

“Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos”.

Por otro lado, no cabe obviar lo establecido en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al disponer:

“No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita”.

Es así como el principio fundamental a tener en cuenta a la hora de fijar o determinar el contenido y alcance de la fianza es el principio de proporcionalidad. La concreción de este principio de proporcionalidad ha determinado que en el momento de la fijación de la fianza o garantía se pueda dar relevancia al dato de la capacidad económica del solicitante de la medida

cautelar, tratando de evitar, como muchas veces ocurre, que fianzas excesivamente gravosas hagan ilusoria la facultad de solicitar y obtener la tutela cautelar.

15

Terminación del proceso por desistimiento

Cuando se opera el desistimiento durante el proceso y se halla en liza el ejercicio de la acción pública importa no perder de vista lo establecido en el artículo 74 de nuestra Ley Jurisdiccional –así, en los particulares que se destacarán–, en cuanto se dispone (el subrayado es nuestro):

“Artículo 74.

1. El recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.

2. Para que el desistimiento del representante en juicio produzca efectos será necesario que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. Si desistiere la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.

3. El Secretario judicial dará traslado a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días. Si prestaren su conformidad al desistimiento o no se opusieren a él, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.

4. En otro caso, o cuando apreciare daño para el interés público, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda.

5. Si fueren varios los recurrentes, el procedimiento continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido.

6. El desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas”.

Ciertamente, y sin perjuicio de lo que se añadirá en sede de ejecución de sentencias, procede destacar que el desistimiento, cuando nos hallamos ante el ejercicio de la acción popular, no es determinante en todo caso de la terminación inexorable del proceso, puesto que debe agotarse el trámite para con el Ministerio Fiscal, y, así, no procederán las consecuencias del archivo si existe oposición del Ministerio Fiscal o si se apreciase daño para el interés público, en cuyos casos el juez o tribunal resolverá lo procedente.

16 Transmisibilidad

A ese respecto resulta de interés traer a colación la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 30 de junio de 2008**, al argumentar lo siguiente:

“Por lo demás, aun reconociendo que las consideraciones que se exponen en la sentencia recurrida sobre la intransmisibilidad de la acción pública no carecen de consistencia, esta Sala no comparte la conclusión de la Sala de instancia. Es cierto que la acción pública no tiene en sí mismo un contenido patrimonializable, pues sólo supone el reconocimiento legal al ciudadano de la legitimación que le habilita para intervenir en determinados ámbitos de la acción administrativa, no sólo durante el procedimiento de preparación y elaboración de la decisión de la Administración sino mediante su impugnación en vía jurisdiccional una vez que la decisión haya sido adoptada; y ello aunque ésta no afecte a su esfera de derechos o intereses de contenido patrimonial. Y es cierto, también, que en nuestro ordenamiento no se contempla la transmisión de la acción pública así configurada, en abstracto, como reconocimiento legal legitimador. Pero aquí no se trata de la acción pública en abstracto, sino de una acción ya ejercitada; y ese ejercicio dio origen a una relación jurídica procesal concreta, en cuyo seno surgieron derechos y obligaciones con contenido propio y con innegables consecuencias en la esfera patrimonial –piénsese en los gastos y costas procesales–.

Por ello, si el recurrente que ejercitó en su día la acción pública fallece cuando ya se ha dictado sentencia favorable a sus pretensiones, debe reconocerse a sus herederos, si se personan en la causa, el derecho a instar la ejecución del fallo tanto en lo relativo a los pronunciamientos sustantivos como en cuanto al que pudiera haber recaído en materia de costas procesales. De igual modo, debe admitirse la sucesión procesal a favor de los herederos cuando el fallecimiento del recurrente originario se produce durante la tramitación del proceso y antes de que recaiga sentencia”.

Ciertamente, en los casos de acción pública en abstracto cabe dudar de la transmisibilidad de la acción pública, máxime cuando el adquirente igualmente reúne esa cualidad.

Otra cosa es cuando se trata de una acción ya ejercitada y ese ejercicio dio origen a una relación jurídica procesal concreta, en cuyo seno surgieron derechos y obligaciones con contenido propio y con innegables consecuen-

cias en la esfera patrimonial. Si el recurrente que ejercitó en su día la acción pública fallece cuando ya se ha dictado sentencia, debe reconocerse a sus herederos, si se personan en la causa, el derecho a instar la ejecución del fallo tanto en lo relativo a los pronunciamientos sustantivos como en cuanto al que pudiera haber recaído en materia de costas procesales.

17

Ejecución provisional de sentencia

En este punto importa relacionar la posición contraria del Tribunal Supremo en los fundamentos que se recogen en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 14 de enero de 2010:**

“CUARTO.- Vamos a estimar este recurso de casación.

Los autos recurridos se remiten a lo ya dicho por la misma Sala en otros autos dictados en el mismo proceso, de 13 de marzo de 2007 y 28 de mayo de 2008, en los que admitió la personación de otras dos entidades ecologistas y se accede a la ejecución provisional. Pues bien, contra estos autos se interpuso recurso de casación, que ha sido estimado por sentencia de esta Sala y Sección de 11 de mayo de 2009, (RC 3924/2007), cuya parte dispositiva dice: ‘Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de RESIDENCIAL AGUAS NUEVAS, S.L. y de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Burgos, de 28 de mayo de 2007 desestimatorio del recurso de súplica dirigido contra auto de la misma Sala de 13 de marzo de 2007 por el que se acuerda la ejecución provisional de la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2006 en el recurso contencioso-administrativo 535/03, quedando ahora anulados y sin efecto ambos autos, por carecer la Asociación Centáurea y la Federación de Ecologistas en Acción de legitimación para instar la ejecución provisional’.

Las razones expresadas en dicha sentencia de 11 de mayo de 2009 son plenamente aplicables a este caso, por lo que ahora no nos cabe más que reproducirlas. Dijimos, en efecto en esa sentencia lo siguiente:

‘Examinaremos ahora de manera conjunta los motivos segundo y tercero de Residencial Aguas Nuevas, S.L. y el único motivo de casación aducido por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, pues los tres guardan entre sí una estrecha relación y no son, en realidad, sino formulaciones escasamente diferenciadas de un mismo argumento cen-

tral de impugnación, a saber, que la ejecución provisional de la sentencia no puede ser instada por quien no fue parte en el proceso.

La cuestión que acabamos de enunciar ha sido específicamente abordada en nuestra reciente sentencia de 18 de marzo de 2009 (casación 1104/07), con la sola diferencia de que en aquel caso la Sala de instancia había denegado la ejecución provisional de la sentencia y quien recurría en casación era la parte que había instado dicha ejecución provisional. De esa sentencia extraemos los siguientes párrafos:

[...] Llegados a este punto, nos corresponde abordar seguidamente el motivo primero invocado que expresa la cuestión medular que se suscita en el presente recurso de casación sobre la legitimación para promover el incidente de ejecución provisional, toda vez que los autos impugnados deniegan esta cualidad a la parte recurrente al in admitir su solicitud.

La ejecución provisional de las sentencias comporta anteponer su ejecución a la firmeza de la misma, es decir, alterar el orden secuencial lógico que vendría dado por la firmeza de la sentencia primero y tras la misma ejecutar la decisión en sus propios términos, después. Evitando, de este modo, que pudieran producirse situaciones irreversibles que pudieran comprometer la ejecución definitiva.

En atención a la finalidad expuesta, esta alteración del orden en la ejecución –cumpliendo el fallo de modo anticipado a su firmeza– se sujeta a una serie de exigencias, que ponen de manifiesto las garantías y prevenciones que han de observarse en esta materia y que se relacionan en el artículo 91 de la LJCA.

Entre otros requisitos que no hacen al caso, la ejecución provisional ha de instarse por aquellos legalmente legitimados. Y se encuentran legitimados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 91.2 de la LJCA las partes favorecidas por la sentencia, pues solo ellas podrán instar su ejecución provisional. La cuestión, por tanto, se traslada a resolver qué debemos entender por partes favorecidas por la sentencia.

La expresión de partes favorecidas hace referencia a una doble cualidad. De un lado, que forzosamente ha de tratarse de quien ha sido una parte en el proceso. Y de otro, que esa parte procesal ha resultado favorecida, o beneficiada, por lo decidido en la sentencia.

Por parte procesal entendemos aquellos que discuten acerca de la conformidad de una pretensión con el ordenamiento jurídico, es decir, los que formulan y frente a los que se formula la pretensión objeto del proceso. Pues bien, si esto es así debemos concluir que la parte ahora recurrente no tiene la cualidad que exige nuestra Ley Juris-

diccional para instar la ejecución provisional, pues no fue parte en el proceso en el que se dicta la sentencia cuya ejecución provisional pretende.

La recurrente, por tanto, no tiene la cualidad de parte en el recurso contencioso administrativo en el que recae la sentencia cuya ejecución provisional pretende, por lo que no podemos examinar si, además, resulta favorecida. Baste con señalar que la cualidad de favorecida, que se predica solo de quién ha sido parte, excluye a los que han sufrido un perjuicio o menoscabo, para centrarse en los que han experimentado un beneficio o favor del que carecían antes de la sentencia.

[...] La referencia al artículo 72.2 de la LJCA tampoco puede servir de base para apartarnos de cuánto hemos expuesto en el fundamento anterior, pues su aplicación se encuentra limitada a la ejecución definitiva, por su conexión con el artículo 104 de la citada Ley Jurisdiccional, pero no a los casos de ejecución provisional que encuentran en el artículo 91 de tanta cita una regulación propia y singular.

Obsérvese que el artículo 72 que regula los efectos de las sentencias, cuando se refiere, en el apartado 2, a las que se anulen una disposición o acto nos indica que producirán efectos para todas las personas afectadas. La expresión personas afectadas no puede ser asimilada a la de parte favorecida. Así es, la segunda expresión contenida en el artículo 91.2 de la LJCA alude a una cualidad de la que carece la primera, pues la persona no se identifica con la parte que suma a aquella su posición concreta en el proceso. Además, la persona afectada o concernida del artículo 72.2 alude a un término neutro que comporta que los efectos de la sentencia le alcanzan, ignorándose en qué sentido le afectan, mientras que el artículo 91.2 de la LJCA es sustancialmente diferente, porque nos pone de relieve el beneficio que experimenta la parte, al indicarnos que ha sido favorecida por la sentencia.

Las diferencias que acabamos de exponer ponen de relieve que el caso examinado versa únicamente sobre el alcance del artículo 91.2 de la LJCA, y, por tanto, resulta ajeno a lo resuelto por esta Sala en Sentencia del Pleno de 7 de junio de 2005 (recurso de casación núm. 2492/2003) comparaba los incisos primeros de los números 2 y 3 del artículo 72 de la LJCA a los efectos de la ejecución definitiva. Téngase en cuenta que la legitimación en tales casos es más amplia, por aplicación de los artículos 72 y 104 de la LJCA, pues se trata de garantizar que la decisión judicial se cumpla.

Pues bien, es claro que las consideraciones que acabamos de transcribir son enteramente trasladables al caso que nos ocupa.

En principio, no cabe excluir que en un proceso contencioso-administrativo que versa sobre materia urbanística, en la que se admite el ejercicio de la acción pública, se personen en las actuaciones después de dictada la sentencia terceros que hasta entonces no habían sido parte en el litigio. Ahora bien, de lo razonado en la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2009 (casación 1104/07) se desprende que, en contra de lo que señalan los autos aquí recurridos, no cabe reconocer a la Asociación Centáurea y la Federación de Ecologistas en Acción de Castilla y León legitimación para instar la ejecución provisional de la sentencia. Y esa conclusión no contradice lo declarado en la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 (casación 2492/03), pues, como la propia sentencia de 18 de marzo de 2009 explica en los párrafos que antes hemos transcrito, el pronunciamiento del Pleno de la Sala interpreta y aplica lo dispuesto en los artículos 72.2 y 104.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en relación con la *ejecución definitiva* sin que pueda pretenderse la aplicación de esas consideraciones cuando se trata de la *ejecución provisional*. Esta última tiene su regulación específica en el artículo 91 de la propia Ley, que, como hemos visto, hace un enunciado de quiénes pueden promoverla (*las partes favorecidas por la sentencia*) más restrictivo que el que utiliza el artículo 104.2 para identificar a los que pueden instar la ejecución definitiva de la sentencia ya firme (*cualquiera de las partes y personas afectadas*).

En definitiva, con acogimiento del único motivo de impugnación aducido por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, deben ser casados y anulados los autos de la Sala de instancia en los que se acuerda acceder a la ejecución provisional de la sentencia solicitada por la Asociación para la defensa de la Naturaleza WWW-ADENA”.

18

Acción pública en los trámites de ejecución de sentencia

En general, cabe estimar procedente ese ejercicio si se tiene en cuenta la especial relevancia de la doctrina establecida en la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 23 de abril de 2010**, al establecer:

“SÉPTIMO.- Siguiendo con la línea argumental iniciada, es pública la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los

planes, según dispone el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992. La trascendencia de la protección de la legalidad urbanística que ha llevado al legislador a ampliar la legitimación que tal reconocimiento general comporta, en lo que se refiere a su acceso a órganos jurisdiccionales, pues recordemos que tal previsión se extiende no sólo a nuestro orden jurisdiccional, sino también ante los órganos administrativos, debe tener alguna consecuencia en el recurso contencioso administrativo tanto en la fase declarativa como en la ejecución de lo decidido. Y es que tal legitimación conferida para la protección urbanística ha de extenderse y proyectarse también, para ser consecuentes con las razones que avalan tal reconocimiento, a la fase de ejecución en la medida que pretenda que lo acordado en sentencia firme sea cumplido. Las mismas razones, por tanto, que permiten su presencia en el proceso para obtener una resolución judicial sobre el asunto, alcanzan a la ejecución para hacer que efectivamente se verifique lo decidido.

Pues bien, una vez que esta Sala viene reconociendo a las personas afectadas la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de junio de 2005 citada y dictada en el recurso de casación núm. 2492/2003, y reconocida también la acción pública en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico para la protección de la legalidad tanto como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de febrero de 2000 dictada en el recurso de casación núm. 5187/1994, como para personarse en la ejecución (sentencia de 26 de enero de 2005 dictada en el recurso de casación núm. 6867/2001), resulta forzoso concluir que la asociación recurrente puede personarse en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia.

No está de más remitirnos a lo señalado en la sentencia de 26 de enero de 2005 (recurso de casación núm. 6867/2001), que acabamos de citar, en la que se señala que Así las cosas, la corrección jurídica del Auto objeto de este recurso de casación es evidente. Los vecinos de un lugar en el que se ha levantado una edificación que constituye una implacable pantalla absolutamente disonante con el entorno paisajístico e incluso con la propia entidad y características de la mayoría de las casas-viviendas en sus proximidades, presentándose como un caso palmario de infracción del artículo 73 de la Ley del Suelo de 1976, son, claro es, personas afectadas por tal edificación ilegal; personas a las que el artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción atribuye, aun cuando no hubieran sido parte en el proceso declarativo, la facultad de instar la ejecución forzosa

de la sentencia que exige, para su cabal cumplimiento, bien el derribo de dicha edificación, bien su acomodación, si llegara a ser posible, a lo que ese artículo 73 demanda. El derecho de esos vecinos a disfrutar de un medio ambiente adecuado está, directísimamente, concernido. [...] Pero es que, además, dichas personas estarían también legitimadas como consecuencia del carácter público que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística (artículos 235 de la Ley del Suelo de 1976 y 304 de la de 1992). La mención que aquel artículo 104.2 de la Ley de la Jurisdicción hace de 'las partes y personas afectadas', circunscribiendo a unas y otras la facultad de 'instar la ejecución forzosa', no se opone a la conclusión que acabamos de adelantar, pues la misma razón jurídica que lleva a otorgar legitimación a todos para exigir un pronunciamiento jurisdiccional que, en la fase declarativa del proceso, ordene la observancia de aquella legislación, existe, permanece, para otorgar esa misma legitimación ya en la fase ejecutiva, para exigir la efectiva, la real observancia de la norma o normas de esa legislación cuya infracción ya se ha declarado".

Y así también en relación con el incidente del artículo 103.4 de nuestra Ley Jurisdiccional, como sienta la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 18 de noviembre de 2015**:

"SEXTO.- Visto el contenido de los distintos motivos de casación planteados y por razones de sistemática, vamos a proceder a resolver con carácter previo, los referidos a la legitimación de la parte que planteó el incidente de ejecución.

Al objeto de hacer posible el control de legalidad de los actos administrativos dictados en ejecución de sentencia, se regula el incidente contemplado en el artículo 103.4 de la Ley Jurisdiccional, cuando señala que 'Serán nulos de pleno derecho los actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento'.

Sobre la naturaleza de este incidente, hemos señalado en sentencia de 21 de junio de 2005 que: 'el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción, en sus apartados 4 y 5...contempla, pues, un singular supuesto de desviación de poder, en el que el fin perseguido por el acto o disposición no es aquél para el que se otorgó la potestad de dictarlo, sino el de eludir el cumplimiento de la sentencia'.

Y, a continuación en la STS de 2 de febrero de 2006 añadíamos que: 'Efectivamente, la nueva LRJCA de 1998, tras la regulación de lo que se ha denominado ejecución voluntaria y ejecución forzosa, contiene, en tercer lugar, los supuesto que han sido calificados como de ejecución

fraudulenta; esto es, la nueva Ley regula aquellos supuestos en los que la Administración procede formalmente a la ejecución de la sentencia dictada, mediante los pronunciamientos, actos o actuaciones para ello necesarios, pero, sin embargo, el resultado obtenido no conduce justamente a la finalidad establecida por la propia Ley; como consecuencia, lo que ocurre es que con la actuación administrativa, en realidad, no se alcanza a cumplir la sentencia en la forma y términos que en esta se consignan, para conseguir llevarla a puro y debido efecto’.

La mayor dificultad en la aplicación de este precepto se encuentra por tanto, no en el fundamento de la medida, sino en la determinación y acreditación en cada caso de la voluntad administrativa de eludir la ejecución del fallo, lo que no obsta a que también plantee determinados problemas desde la perspectiva de las partes en dicho incidente.

En este sentido hemos señalado en sentencia de 10 de mayo de 2007 que ‘El hecho de que este artículo 103.5 se refiera, exclusivamente, a la *parte* para solicitar la nulidad de los actos dictados, con posterioridad a la sentencia, contrarios a los pronunciamientos de la misma, parece que no impediría que tal solicitud pudiera ser formulada por las *personas afectadas*, a las que se refiere tanto el artículo 104.2, para poder instar la ejecución forzosa de la sentencia, como el 109.1, al que el 103 se remite (si bien solo en sus apartados 2 y 3)- que regula la legitimación en el procedimiento incidental por el que habría de discurrir la petición de nulidad.

El tenor literal de la norma impone que el incidente sólo puede iniciarse a *instancia de parte*. Esta expresión, tal y como se deduce del inciso final de la sentencia que acabamos de citar, no puede ser interpretada en sentido estricto, como referida a quiénes fueron partes en el proceso declarativo, sino en el más amplio de la legitimación en el proceso de ejecución, de tal manera, que el incidente podrá ser instado también por las *personas afectadas* a que se refieren los arts. 104.2 y 109.1 LJCA’. La cuestión general de la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución de sentencias, alcanza un tratamiento específico en el ámbito urbanístico, dado que se trata, de una materia en la que rige la denominada ‘acción pública’.

Establece la STS de 23 de abril de 2010 que:

‘SEXTO.- Con carácter general, el artículo 72.2, inciso primero, de nuestra Ley Jurisdiccional dispone que la anulación de una disposición producirá efectos para todas las personas afectadas. Esta expresión *personas afectadas* se reitera, por lo que hace al caso, en los artículos 104.2 y 109.1

para distinguir, en este último, a tales personas de las partes procesales. Sobre el alcance de esta expresión resulta obligada la cita de la Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 7 de junio de 2001 (recurso de casación nº 2492/2003).

No resulta, en consecuencia, de aplicación la doctrina que se expone en el Auto de esta Sala de 23 de febrero de 2005 (dictado en el recurso contencioso administrativo nº 533/2005) pues se trata de una materia ajena al urbanismo y, por tanto, a la acción pública reconocida en el mismo.

SÉPTIMO.- Siguiendo con la línea argumental iniciada, es pública la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los planes, según dispone el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992. La trascendencia de la protección de la legalidad urbanística que ha llevado al legislador a ampliar la legitimación que tal reconocimiento general comporta, en lo que se refiere a su acceso a órganos jurisdiccionales, pues recordemos que tal previsión se extiende no sólo a nuestro orden jurisdiccional, sino también ante los órganos administrativos, debe tener alguna consecuencia en el recurso contencioso administrativo tanto en la fase declarativa como en la ejecución de lo decidido. Y es que tal legitimación conferida para la protección urbanística ha de extenderse y proyectarse también, para ser consecuentes con las razones que avalan tal reconocimiento, a la fase de ejecución en la medida que pretenda que lo acordado en sentencia firme sea cumplido. Las mismas razones, por tanto, que permiten su presencia en el proceso para obtener una resolución judicial sobre el asunto, alcanzan a la ejecución para hacer que efectivamente se verifique lo decidido.

Pues bien, una vez que esta Sala viene reconociendo a las personas afectadas la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de junio de 2005 citada y dictada en el recurso de casación nº 2492/2003), y reconocida también la acción pública en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico para la protección de la legalidad tanto como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo (sentencia de 7 de febrero de 2000 dictada en el recurso de casación nº 5187/1994), como para personarse en la ejecución (sentencia de 26 de enero de 2005 dictada en el recurso de casación nº 6867/2001), resulta forzoso concluir que la asociación recurrente puede personarse en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia. Ahora bien,

este marco general ha de ser inmediatamente completado y matizado, atendido el ámbito sectorial en el que nos movemos: el urbanismo, en el que concurre la singularidad derivada del reconocimiento de la acción pública prevista en el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992. Teniendo en cuenta que la Sentencia de 7 de junio de 2001 citada no se refiere a la citada cuestión de la acción pública más que en el fundamento décimocuarto para señalar que no se trataba de analizar el ejercicio de la acción pública, pues al parecer las partes esgrimieron su condición de personas afectadas”.

Supuesto que se plantea con relativa frecuencia es el relativo a concretar y determinar quiénes van a estar legitimados en el incidente de determinación de los daños y perjuicios por la no ejecución *in natura*.

Ninguna dificultad existe para con los casos en que haya legitimados en sus derechos e intereses. Ahora bien, sin perjuicio de la posible intervención en ejecución de sentencia de sujetos afectados por el fallo –artículo 109.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–, podrá promover el mismo la parte actora-ejecutante, pero también todo sujeto que pueda resultar afectado-perjudicado por la no ejecución *in natura* de la sentencia firme.

Ahora bien, pese a ello la jurisprudencia ha mantenido que no puede solicitar indemnización de daños y perjuicios la parte que ha obtenido una sentencia favorable en el ejercicio de la acción pública o comparece en el trámite de ejecución, por cuanto, si la misma se justifica en la defensa del interés general en el respeto de la legalidad urbanística, ningún derecho individual de la parte puede verse afectado o perjudicado para justificar la indemnización del mismo. Otra cosa es que puedan actuarse las costas de su razón.

Finalmente, si se trata de un desistimiento en los trámites de ejecución de sentencia estimatoria en el ejercicio de la acción pública, vuelve a ser de interés dirigir la atención al artículo 74 de nuestra Ley Jurisdiccional, ya citado y aplicable por analogía, ya que, si sus garantías se hallan establecidas con anterioridad a la sentencia, con mayor motivo lo deben ser en esta sede de ejecución de sentencia en la que ya hay una estimación que se halla en riesgo de ser burlada (el subrayado es nuestro):

“Artículo 74.

1. El recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.
2. Para que el desistimiento del representante en juicio produzca efectos será necesario que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. Si desistiere la Administración pública, habrá de presentarse

testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.

3. El Secretario judicial dará traslado a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días. Si prestaren su conformidad al desistimiento o no se opusieren a él, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.

4. En otro caso, o cuando apreciare daño para el interés público, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda”.

19 Gastos y costas

Ya se ha citado el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al disponer:

“No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita”.

Esta previsión no implica el reconocimiento *ex lege* de la asistencia jurídica gratuita, para la cual sería necesario cumplir los requisitos exigidos por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Respecto a la imposición de las costas procesales, nuestra Ley Jurisdiccional no establece en su artículo 139 ninguna especialidad al respecto, al igual que tampoco lo hacen la mayoría de las leyes sectoriales, como en el caso del urbanismo.

Dentro de las leyes que recogen expresamente la cuestión referida a las costas procesales, encontramos la previsión de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en su artículo 109, cuando establece:

“Artículo 109

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.

2. La Administración, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador y finalizado o en trámite, abonará a los particulares denunciadores los gastos justificados en que hubieran incurrido”.

Pero ese régimen no se corresponde con la acción pública urbanística, que de manera alguna se pronuncia sobre ese abono de gastos y que no cabe entender de aplicación analógica.

20 Conclusiones

Ciertamente, cuando se deslizan supuestos patológicos de ejercicio de la acción pública y se cuenta con la doctrina establecida a que se ha hecho mención, debe aceptarse que no resulta sencillo, para la Administración o para los tribunales, identificar cuándo existe un ejercicio abusivo de la acción pública, pues quien la ejerce suele apelar a intereses generales de protección de la legalidad urbanística, y las motivaciones últimas de quien actúa la acción pública urbanística bien parece que quedan fuera del ámbito procesal.

Las sentencias del Tribunal Supremo ponen de relieve que lo trascendente no es exclusivamente la finalidad perseguida por el demandante en ejercicio de la acción pública, sino la mayor o menor consistencia de los argumentos empleados, en cuanto los mismos permitan a los órganos judiciales apreciar algún beneficio para el interés público, apreciación que suele conectarse con la estimación o no de la pretensión, lo que exige un juicio sobre el fondo de la pretensión planteada.

Es así que la aplicación de la mala fe y/o del abuso de derecho al ámbito de una acción de defensa de la legalidad resulta de notable complejidad, entre otras cuestiones porque el análisis de la infracción o no de la legalidad no puede verse constreñido por la simple alegación de abuso de derecho. En tal sentido debe indicarse que aquel que ejercita la acción popular también tenga intereses –incluso bastardos– que pueden quedar hasta ocultos, y lo que se revela en el caso es si ha existido o no una infracción del ordenamiento jurídico.

Se ha intentado defender un examen prioritario de la mala fe o del abuso de derecho antes que el examen del fondo, en el sentido de que, acreditada esa mala fe o ese abuso de derecho, ya de por sí, fuera irrelevante la vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico.

No obstante, todo conduce a pensar, a la luz de los pronunciamientos a los que se ha ido dando lugar, que los tribunales han sido reticentes a limitar el ejercicio de la acción pública por un supuesto ejercicio abusivo, entendiéndose que la finalidad prevalente y fundamental de ella es la de procurar el cumplimiento de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, ahora también territorial, aunque pudieran existir otras razones en el ejercicio de la acción pública.

Quizá nos hallemos ante un conflicto entre mantener el principio de legalidad con el apoyo de la acción pública en tantos supuestos en los que ha sido fructífera en evitación de desmanes urbanísticos sobresalientes, o

mantener un *statu quo* vulnerador del ordenamiento urbanístico en atención a los limitados casos en que ha operado su disfunción, bien haciendo desaparecer la acción pública o reduciéndola de tal forma que se comprometa su eficacia saludable.

Dicho en otras palabras, y como en otros supuestos, la materia de legitimación por acción pública aparece unida a la materia de fondo, de tal suerte que la simple denuncia de la vulneración de la legalidad es siempre un beneficio para la sociedad, así que, por lo tanto, siempre habrá de descenderse al fondo del asunto, para valorar y comprobar si el ejercicio de la acción popular, al margen de que se sustente en intereses privados, reporta algún beneficio o no a los intereses públicos. Y así, la mala fe y/o uso abusivo de la acción popular solamente puede declararse en supuestos en los que no exista ningún beneficio para la sociedad.

Quizá igualmente interesa detener la atención en que todavía constan supuestos, tanto en vía administrativa como en vía judicial, incoados como consecuencia de denuncia por acción pública. Si existe denuncia, puede comprobarse o no la veracidad de esta, pero si el derecho a la acción se restringe habrá casos que quedarán fuera de esa vía, ya que tampoco cabe dudar que en buen número de supuestos la Administración permanece impasible, ya sea porque no dispone de medios o porque no acciona los mecanismos de control urbanístico.

En todo caso, el bagaje de la acción pública urbanística es conocido desde 1956 y ha dado una resultancia fructífera, sin menospreciar los casos de mala fe o abuso, desde luego, comprometidos además por la prueba de su concurrencia, sin que se tengan elementos para cuantificar el porcentaje que pueden representar.

De admitirse la supresión de la figura o su delimitación restrictiva, bien parece que, con el nuevo modelo, se reduzcan los casos a enjuiciar, con una resultancia quizá no satisfactoria, y sin que en su nueva configuración, además, deba olvidarse igualmente la posible concurrencia de mala fe o abuso de derecho, con lo que no se sabe si los inconvenientes serán superiores a los beneficios a conseguir. Ni que decir tiene que el legislador tiene la última palabra.

Transparencia, acceso y buena administración: una comparación entre Italia y España

GIANLUCA GARDINI

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Ferrara (Italia)*

1. El principio de transparencia
2. La regulación precedente y sus carencias
3. El “cambio de paradigma” del nuevo milenio
4. Una comparación entre las leyes de transparencia española e italiana
 - 4.1. La transparencia *reactiva* (acceso)
 - 4.2. La transparencia *proactiva*: la publicación obligatoria de datos
5. Sanciones e implementación de la ley
6. Acceso: ¿derecho individual o herramienta para la lucha contra la corrupción?
7. Bibliografía

Resumen

El artículo trata de hacer una comparación entre la legislación italiana y la española sobre transparencia, ambas derivadas del modelo norteamericano del *Freedom of Information Act*. El análisis parte del principio de transparencia como valor que debe inspirar la actuación y organización de las Administraciones públicas y como derecho a la información administrativa que corresponde a todo ciudadano; a partir de aquí, se analizan las principales diferencias entre los ordenamientos jurídicos español e italiano en las opciones para asegurar la eficacia de la transparencia administrativa. Se llega a la conclusión de que tanto en Italia como en España la transparencia y el acceso a la información pública han sufrido una lenta metamorfosis y, desde derechos fundamentales del individuo, se han convertido en herramientas para luchar contra la corrupción que solo indirectamente satisfacen el derecho a la información del ciudadano.

Palabras clave: *transparencia; derecho de acceso a la información pública; corrupción.*

Transparency, access and good administration: a comparative study between Italy and Spain

Abstract

The article compares Italian and Spanish legislation on transparency, both inspired by the US model established in the Freedom of Information Act. The analysis is based on the principle of transparency as a value that should inspire the action and organization of public administrations and as a right to access to public information. The article analyzes the main differences between the Spanish and Italian legal systems regarding the protection and effectiveness of administrative transparency. The article concludes that both in Italy and in Spain transparency and the right to access to public information have undergone a slow metamorphosis and, from the perspective of fundamental rights of the individual, they have become tools to fight corruption that only indirectly satisfies the right to access to public information of the citizens.

Keywords: transparency; right to access to public information; corruption.

1

El principio de transparencia

La transparencia administrativa se ha convertido en un principio general según el cual la Administración pública (AP) tiene que garantizar la accesibilidad total a las informaciones en su poder. De esta manera, la AP:

a) por un lado, está obligada a garantizar la visibilidad, el conocimiento y la comprensión de su actividad y organización, a través de comportamientos *proactivos* (publicación);

b) por otro lado, debe asegurar de forma *reactiva* el acceso a la información pública, que se ha vuelto un derecho fundamental del individuo.

Hay que destacar que, en muchos países europeos, “la transparencia ha sido una prioridad fijada de abajo arriba al calor de casos de corrupción que han producido una desconfianza radical en la política y en las instituciones”¹. Citando a Emilio Guichot, el movimiento por la transparencia “comenzó como una brisa (fría, por su proveniencia) que se levantó en los países escandinavos y recorrió el Atlántico para recalcar en los Estados Unidos, Canadá

1. En las palabras de Guichot Reina (2016).

y los países de su área de influencia. [...] Y, finalmente, se transformó en un huracán, pues a finales de los Noventa y principios del siglo XXI se produjo una generalización de la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella (Reino Unido, Alemania, Suiza); en los países de Europa del Este y de Latinoamérica y, en fin, en países de Asia, África y Oceanía”².

El principio de transparencia es multifuncional, y su realización puede dirigirse a diferentes propósitos.

- 1) En primer lugar, la transparencia es fundamental para implementar el *principio democrático* en la Administración: la definición de democracia como “régimen del poder visible” es bien conocida³. En el siglo XX hemos asistido a la evolución del modelo tradicional de Administración, basado en el contraste dialéctico entre autoridad y libertad, hacia un nuevo modelo, basado en una relación igualitaria entre la Administración y el ciudadano, que reconoce a este último un papel activo y central en la búsqueda del interés público.
- 2) En segundo lugar, la transparencia, en el actual lenguaje político, es considerada como un instrumento clave para el *control de la gestión pública*, entendido en sus perspectivas preventiva y represora, y por lo tanto, para su mejora. La celeberrima frase de Louis Brandeis, “la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción. Un siglo más tarde, Barack Obama convirtió la apuesta por la transparencia y la rendición de cuentas, para una Administración abierta a la participación ciudadana, en uno de los ejes de su acción política, hasta el punto de dedicarle simbólicamente el primer acto de gobierno de su primer mandato.
- 3) La transparencia administrativa no es solo un principio que deba informar el ejercicio del poder, sino un *derecho fundamental del individuo*, que tiene su concreta realización en el derecho de acceso a la información pública. La existencia de un derecho a la información administrativa representa una garantía esencial para el funcionamiento de las instituciones democráticas: el deber informativo de los poderes públicos es una expresión directa de la soberanía popular. En este sentido la transparencia se convierte en accesibilidad, concepto desarrollado sobre todo en los ordenamientos de matriz angloamericana y en los países escandinavos.

2. Ídem.

3. Sobre la conexión entre transparencia y democracia, *vid.* Arena (2006); Merloni (2008).

Hay que destacar que el nivel de protección de la transparencia es más avanzado en la Constitución española que en la italiana.

En la Constitución italiana no se mencionan ni “transparencia” ni “acceso”, y solamente se hace referencia al derecho de expresar el pensamiento (art. 21 Const.), y solo en el sentido *activo* (tampoco está reconocida la vertiente pasiva, es decir el derecho de ser informado, de recibir el pensamiento de los otros). De esta forma, la Constitución italiana confiere al intérprete la posibilidad de afirmar la existencia de un derecho complementario, de carácter pasivo (a ser informado) o reflexivo (a informarse). Se trata de una formulación bastante limitada, si se compara con la introducida por otras cartas constitucionales y por las más importantes declaraciones internacionales, que reconocen expresamente una protección equivalente a las vertientes activa, pasiva y reflexiva del derecho de información.

Muy diferente es la Constitución española de 1978 (CE), que afirma, entre los derechos fundamentales, el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (art. 20.1.d. CE). Mas allá, la Constitución de 1978 rompió decididamente con la tradición de secreto propia de la Administración de la dictadura franquista precedente, al establecer de forma expresa, en su artículo 105.b, lo siguiente: “La ley regulará: [...] El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. De forma significativa, dicho precepto sitúa el derecho de acceso al mismo nivel que el derecho de audiencia en el procedimiento de elaboración de actos administrativos y de normas reglamentarias, recogido en las letras a) y c) del artículo 105 CE⁴.

Al estar el artículo 105 ubicado en una parte de la Constitución distinta de la que recoge los derechos fundamentales (artículos 14 a 29 CE) y remitir expresamente al desarrollo legislativo, se ha considerado tradicionalmente que el derecho de acceso constituye un *derecho constitucional de configuración legal*, que no goza de la protección reforzada propia de los derechos fundamentales (protección que consiste básicamente en la regulación mediante ley orgánica, en la tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario, y en la posibilidad de ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional). Ello contrasta con el derecho

4. Sobre este precepto, la doctrina y la jurisprudencia cuestionaron de inmediato el sentido que debía atribuirse a la expresión “ciudadanos”: en este sentido, mientras una parte interpretaba este término de forma restrictiva, reconociendo la titularidad del derecho de acceso únicamente a los ciudadanos españoles, otra parte aportó una lectura más amplia, afirmando que el acceso estaba abierto a cualquier persona, independientemente de la nacionalidad y residencia del solicitante.

específico de los cargos electos (de los parlamentos central y autonómico y de los entes locales) de acceso a la información necesaria para el ejercicio de sus funciones representativas, derecho que va más allá del reconocido por el artículo 105.b) CE a todos los ciudadanos y que la jurisprudencia española ha derivado del derecho fundamental de participación política recogido en el artículo 23.2 CE⁵.

Esta calificación no parece tener repercusiones especialmente graves en la aplicación práctica de la legislación de transparencia. Como se verá, el derecho de acceso y el derecho (fundamental) a la protección de datos personales se sitúan *en un mismo nivel* en el juicio ponderativo que la ley obliga a efectuar para decidir cuál de los dos ha de prevalecer en caso de conflicto, sin que el hecho de que solo el segundo se configure como fundamental esté teniendo consecuencias apreciables en la doctrina de las autoridades independientes encargadas de la garantía del derecho de acceso⁶. Por otro lado, la amplitud y rapidez de la tutela que, como se verá, están proporcionando las autoridades de garantía al derecho de acceso, relativiza el problema que podría suponer no contar con la posibilidad de presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Además, la circunstancia de que no se lo considere un derecho fundamental y de que, por tanto, no deba ser regulado únicamente mediante ley *orgánica* del Parlamento, ha permitido que las comunidades autónomas desarrollen las previsiones de la ley básica estatal de transparencia mediante una legislación propia que, a menudo, ha tratado de reforzar la regulación del derecho de acceso, en una competencia regulatoria al alza, en la que distintas leyes autonómicas han tratado de "mejorar" lo dispuesto por la ley estatal y otras leyes autonómicas precedentes (v. § 4).

No solo eso. La calificación del derecho de acceso como derecho fundamental debería tener en cuenta la jurisprudencia actual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En particular, la importante Sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, núm. 18030/11, de 8 de noviembre de 2016, apartados 149 y ss., en la que se afirma la vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (libertad de expresión, en particular la libertad de recibir o de co-

5. Mir Puigpelat (2017a). Cabe señalar que este derecho tampoco se ve reconocido por la Constitución italiana.

6. En doctrina se advierte que es precisamente el art. 20 CE el que permite equiparar el derecho a la información y el derecho a la protección de datos personales, favoreciendo así un equilibrio igualitario entre estos intereses. Esto permite, en el caso de ponderación entre los dos derechos, que la evaluación de la necesidad de difundir información y conservarla por cuestiones de privacidad se deje al estudio caso por caso y no a una decisión *a priori*, y, sobre todo, sin que exista un valor predominante. Sobre este punto, puede consultarse Mir Puigpelat (2017a).

municar informaciones) por la denegación de acceso a información pública (nombre y nombramientos de los abogados de oficio designados por la Policía) a una ONG húngara de protección de los derechos humanos. Según el TEDH, para que pueda gozar de la protección del artículo 10 CEDH, debe tratarse de una petición de acceso a información de interés público que se encuentre preparada y disponible y que se formule por periodistas, ONG, investigadores, blogueros y usuarios con muchos seguidores en las redes sociales (en general, por personas que actúan como vigilantes públicos *-public watchdogs-*), con la finalidad de contribuir al debate público. Y esta, claramente, representaría una fuerte limitación en el ejercicio del derecho de acceso.

2

La regulación precedente y sus carencias

Pese al temprano reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública, dicho derecho no fue regulado de forma general en España hasta 1992, con la aprobación de la primera ley de procedimiento administrativo de la democracia, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que le dedicó un solo precepto, su artículo 37. Dicha regulación fue, además, muy restrictiva, y mereció una amplia crítica doctrinal. Puede afirmarse que, bajo la vigencia del artículo 37 LRJPAC, el derecho de acceso no tuvo una auténtica aplicación práctica en España. Resulta significativo que, cuando se aprobó la vigente Ley de Transparencia en el año 2013 (v. §3), la mayoría de las muchas noticias periodísticas que se le dedicaron desconocieran por completo la existencia del artículo 37 LRJPAC y consideraran que con aquella se reconocía por vez primera en España el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública⁷.

- 1) El objeto del derecho de acceso era muy restringido. Únicamente se reconocía el derecho de acceso a registros administrativos y a documentos integrantes de expedientes administrativos finalizados (artículo 37.1 LRJPAC), documentos que además había que identificar en la solicitud (artículo 37.7 LRJPAC).
- 2) En cuanto a los sujetos legitimados, la LRJPAC reconocía el derecho en cuestión exclusivamente a ciudadanos "que acrediten un interés legítimo y directo" en conocer los documentos requeri-

7. Mir Puigpelat (2017a).

dos, identificando una serie de límites a su propio ejercicio similares a los previstos en otros ordenamientos jurídicos europeos (art. 37).

- 3) En cuanto a los sujetos obligados, únicamente eran las Administraciones públicas, y no las demás entidades del sector público (sociedades mercantiles de capital público, fundaciones del sector público, etc.), ni sujetos privados vinculados a aquellas, ni los demás poderes públicos distintos del ejecutivo.
- 4) Las excepciones al derecho de acceso eran muy amplias e indeterminadas, sin referencia al test del perjuicio (*harm test*). En particular, el acceso a datos personales no íntimos únicamente era posible por parte de quienes acreditaran “un interés legítimo y directo” (art. 37.3 LRJPAC; los datos íntimos solo eran accesibles por los propios afectados, en virtud del art. 37.2 LRJPAC).
- 5) El artículo 37 LRJPAC tampoco preveía garantías procedimentales específicas del derecho de acceso, lo que comportaba, entre otras cosas, que fuera de aplicación el plazo genérico de resolución de las solicitudes de tres meses, establecido por el artículo 42 LRJPAC.
- 6) Tampoco se preveían sanciones específicas por el incumplimiento del derecho de acceso ni obligaciones específicas de publicidad activa, ni se contemplaban autoridades de garantía del derecho de acceso.

En Italia la situación era un poco más avanzada, en cuanto se reconocía la pretensión de acceder a los procedimientos administrativos con fines participativos o defensivos como derecho (o interés legítimo, si se prefiere)⁸ condicionado por la legitimación personal del solicitante⁹. Este tipo de accesibilidad representa, en síntesis, un corolario del derecho de defensa, afirmado a partir del *due process* en la Europa continental (con la excepción de los países escandinavos) y en Reino Unido, donde ha asumido un papel central y casi exclusivo hasta los años noventa del siglo pasado.

8. El *Consiglio di Stato* (Ad. plen. 18 de abril de 2006, núm. 6) no ha considerado necesario pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la posición alegada por el interesado en el acceso, legitimando así la consideración de la configurabilidad del acceso como derecho subjetivo y como interés legítimo.

9. Concepto sobre el que se ha extendido el *Consiglio di Stato* en una decisión en la que afirma que la situación jurídicamente relevante que sirve de base al ejercicio del derecho de acceso “es una noción diferente y más amplia que la del interés en la impugnación”, y que por lo tanto no presupone necesariamente una posición subjetiva calificable en términos de derecho subjetivo o interés legítimo, debiendo más bien reconocerse a cualquier persona que pueda demostrar que los actos procedimentales objeto del acceso han desplegado o pueden llegar a desplegar efectos directos o indirectos frente a ella, con independencia de la lesión de una posición jurídica (VI, 9 de marzo de 2001, núm. 1492).

El acceso documental o defensivo, regulado por la Ley italiana n.º 241/1990 (Ley básica de Procedimiento Administrativo), nace para la satisfacción de un interés *individual y cualificado* hacia el conocimiento de informaciones de que disponen las Administraciones públicas. Se exige una legitimación específica para el ejercicio del derecho de acceso documental/participativo, aunque la mayor rigidez desde esta perspectiva sea compensada con una mayor eficacia en su satisfacción: el acceso documental tiene un mayor alcance que el acceso cívico generalizado (v. §3), y las limitaciones que la Ley le impone tienen, en línea de principio, una menor intensidad que las previstas para los otros instrumentos de la transparencia (publicación *online*). A este respecto es suficiente considerar que el acceso documental, por imperativo legal, prevalece siempre sobre el derecho a la privacidad en el tratamiento de datos personales (comunes), a condición de que el interesado pueda demostrar la relación de instrumentalidad con el ejercicio del derecho de defensa (en sede judicial o en cualquier otra).

Por eso el legislador italiano ha decidido mantener vivo el derecho de acceso defensivo después de la introducción del nuevo derecho de acceso cívico o generalizado. En la perspectiva reactiva (o pasiva) la superposición de los dos tipos de acceso (documental y cívico) es inevitable, pero no necesariamente negativa. En este sentido es correcto haber mantenido el acceso documental o defensivo junto al nuevo acceso cívico: en los países que han adoptado el modelo FOIA (*Freedom of Information Act*) que carecen de un instrumento individual de transparencia equivalente al acceso documental italiano, de hecho, se ha asistido con frecuencia a una interpretación restrictiva del acceso cívico por parte de los órganos de la jurisdicción, que, frente al potencial enfrentamiento de intereses individuales contrapuestos, no han permitido a los interesados obtener (ni siquiera extrajudicialmente) los documentos necesarios para diseñar eficazmente la defensa de sus propios intereses¹⁰.

3

El “cambio de paradigma” del nuevo milenio

En España, la modernización del derecho de acceso no pasó a ocupar un lugar central en la agenda política hasta el estallido de la profunda crisis económica en 2010 y la difusión de gravísimos escándalos de corrupción que han tenido lugar en la última década. La Ley 19/2013 (LTE) es una ley esperada, al menos, desde 1978, y su entrada en vigor no ha tenido propiamente

10. Lombardi (2018).

en España el efecto del estallido de un trueno en un cielo sereno, sino que ha sido un elemento consustancial al modelo mismo de democracia propio del entorno español¹¹.

La LTE es una ley de principio que, regulando por primera vez también la “vertiente proactiva” de la transparencia, impone a las Administraciones públicas una serie de obligaciones de publicación. Además, amplía la noción de “objeto accesible”, innovando significativamente la anterior regulación de acceso (que se refería solo a expedientes administrativos finalizados), con el fin último de incrementar los sistemas de rendición de cuentas de la clase gobernante, a través de un control democrático más efectivo. Sin embargo, la posibilidad de solicitar información no contenida en documentos o archivos puede generar una carga excesiva de investigaciones preliminares y recuperación de la información misma por parte de la AP. Este riesgo no fue ignorado por el legislador, quien, precisamente con el fin de lograr la ponderación de los principios de transparencia y eficiencia administrativa, condicionó la procedencia de la solicitud de acceso a que su aceptación no implicara para la AP un verdadero tratamiento o reprocesamiento *ad hoc* de la información en su poder (art. 18, apdo. 1, letras a] y c]). Igualmente, para identificar el alcance objetivo del derecho de acceso, el artículo 18, apdo. 1, letra b), considera inadmisibles las solicitudes relativas a información de carácter auxiliar o de apoyo, tal como notas, actas, informes y comunicaciones internas.

Casi toda la regulación de la LTE tiene carácter básico, incluidas las disposiciones sobre procedimiento: la propia Ley de Transparencia (disposición final séptima) declara ser una norma básica, dictada al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución, con la excepción de algunos preceptos referidos exclusivamente a la Administración General del Estado. A pesar de ser llamadas a desarrollarla y aplicarla, las comunidades autónomas y las entidades locales estuvieron al margen del proceso de elaboración de la LTE.

La doctrina habla de un verdadero “cambio de paradigma”¹² con referencia a la aprobación de la LTE:

- 1) El objeto del derecho de acceso es mucho más amplio que antes. Dicho objeto ha pasado a ser la “información pública”, entendida como toda aquella información que se encuentre en poder de los sujetos sometidos a la ley (artículo 13 LTE).

11. Fernández y Pérez (2017: 23).

12. Mir Puigpelat (2017b).

- 2) En cuanto a los sujetos obligados, el derecho de acceso ya no se predica solo de las Administraciones públicas, sino que alcanza a todas las demás entidades del sector público (sociedades mercantiles de capital público, fundaciones del sector público, etc.), incluso a sujetos privados vinculados a aquellas.
- 3) Las solicitudes de acceso, aunque no pueden ser anónimas, como en otros países, están sometidas a muy pocos requisitos formales y no requieren motivación ni invocación de ningún interés legítimo (artículo 17 LTE).
- 4) El ejercicio del derecho de acceso es gratuito.

Al igual que el ordenamiento jurídico italiano, la Ley 19/2013 también se encarga de proteger a los contrainterésados: si la información solicitada implica derechos o intereses de terceros, se les otorga un plazo de quince días para presentar observaciones, previa notificación incluso al solicitante (art. 19, apdo. 3).

En Italia, con la Ley 190/2012, la transparencia se convierte en una de las principales herramientas para prevenir la corrupción administrativa, un fenómeno bien conocido en la historia italiana. La Ley 190/2012, que se adopta en aplicación del art. 6 de la Convención de la ONU contra la Corrupción (Convención de Mérida, 2003), representa el primer intento orgánico de una política para luchar contra los fenómenos de corrupción a través de medidas no solo de carácter represivo, sino también preventivo.

Entre las herramientas para la prevención de la corrupción administrativa introducidas por el legislador en 2012, la transparencia tiene un papel especial: tradicionalmente vinculada a la participación democrática, en la legislación anticorrupción aparece en cambio principalmente dirigida a prevenir posibles hechos de *mala administración*, favorecer la emersión de fenómenos de corrupción y mantener la justa “presión” de los ciudadanos sobre la actuación administrativa y la conducta de los funcionarios.

En ejecución de la Ley de delegación de 2012, fue aprobado el Decreto Legislativo 33/2013, que plantea la transparencia como “accesibilidad total” a la información relativa a la organización y actividad de la AP, con el fin de favorecer formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos (art. 1). En esta perspectiva, además de derechos y obligaciones, este decreto también prevé herramientas destinadas a garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones de publicación, como, por ejemplo, la adopción de un Programa trienal de transparencia y anticorrupción, la designación de un Responsable de prevención de la corrupción y transparencia en cada AP, así como la posibilidad

de que los ciudadanos presenten solicitudes de publicación frente al juez administrativo.

Algunos años después, el Decreto Legislativo 97/2016 vino a añadir al modelo proactivo de transparencia una nueva transparencia de tipo “reactivo”, es decir, en respuesta a las solicitudes de acceso realizadas por los interesados. Se habla de acceso “modelo FOIA”, o sea, un acceso generalizado y sin limitaciones en el ejercicio (legitimidad), que toma como referencia el “*right to know*” estadounidense. Este conjunto normativo, además de prever un amplio abanico de figuras al servicio de la transparencia, también identifica a los destinatarios de las obligaciones de transparencia, que van dirigidas no solo a las Administraciones públicas en sentido estricto, sino también a otros sujetos, en cierto modo afines a ellas (sociedades mercantiles de capital público, fundaciones del sector público, universidades, órdenes profesionales, etc.), a los que no siempre se les aplica en su totalidad el régimen de transparencia pública.

4

Una comparación entre las leyes de transparencia española e italiana

4.1

La transparencia *reactiva* (acceso)

Hay que decir que las regulaciones española e italiana sobre los límites (excepciones) al derecho de acceso son ahora coherentes con los estándares internacionales. Dichas regulaciones parten de una enunciación de límites tasados muy similar a la prevista en el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa, sobre el Acceso a los Documentos Públicos, de 2009 (CADP)¹³. La diferencia principal es que en la LTE los límites son *enumerados* en sus artículos 14 y 15, y en cambio, en la ley italiana de 2013, solo hay una indicación general de las categorías de límites, divididos entre públicos y privados.

Como establece el art. 14 LTE, el derecho de acceso podrá ser limitado cuando su ejercicio suponga un perjuicio para: a) la seguridad nacional; b) la defensa del Estado; c) las relaciones exteriores; d) la seguridad pública; e) la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) la igualdad de las partes en los juicios y la tutela judicial efectiva; g) las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control;

13. Celebrado en Tromsø (Noruega) el 18 de junio de 2009, debe ser ratificado por diez Estados para que entre en vigor.

h) los intereses económicos y comerciales; i) la política económica y monetaria; j) el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) la garantía de secreto o confidencialidad requerida en los procesos de toma de decisiones; l) la protección del medio ambiente. Todos los límites antes mencionados deben aplicarse sopesando los intereses subyacentes (públicos o privados "superiores") que puedan justificar el acceso, mediante el uso del criterio de "proporcionalidad" (artículo 14, apartado 2).

Como puede comprobarse, la LTE ha optado por establecer un *listado exhaustivo* de bienes y derechos cuya posible afectación en caso de concederse el acceso puede traducirse en una limitación del derecho mismo. Por lo tanto, "hay que advertir que, al no haberse dotado a la LTE de carácter de orgánica, y teniendo en cuenta que no existe en nuestro sistema jurídico una ordenación jerárquica o por troncalidad entre leyes ordinarias, jurídicamente bien podría el legislador estatal, por disruptivo que fuera, añadir nuevos límites por leyes singulares"¹⁴.

No solo eso. A diferencia de otros ordenamientos, ninguno de los límites al acceso de la LTE se configura como un *límite absoluto* (con la única salvedad de los datos personales especialmente protegidos): todos son límites relativos, sujetos a ponderación, y que pueden ceder ante un interés público o privado superior favorable al acceso. De hecho, la Ley española reserva un significativo margen de discrecionalidad a las Administraciones: también en el caso de que el acceso a la información comporte la causación de un daño concreto (*harm test*) a los bienes tutelados por los límites legislativos, se puede estimar que prevalezca el interés público sobre el conocimiento, si este último es considerado "superior". En la LTE, junto con una enunciación expresa de los límites, hay además una indicación de los cuatro grandes criterios de aplicación restrictiva y casuística de los límites al derecho de acceso, habituales en derecho comparado (artículos 14, 15, 16 y 20.2 LTE): 1) el acceso solo podrá ser denegado cuando pueda ocasionar un *perjuicio efectivo* y no meramente hipotético para el bien jurídico protegido por el límite en cuestión (test del perjuicio); 2) dicho perjuicio deberá ser en todo caso *ponderado* con los intereses públicos o privados favorables al acceso que puedan concurrir, y que pueden obligar a soportarlo (juicio de ponderación o *balancing test*); 3) aunque, en el juicio ponderativo, prevalezca el límite, su aplicación debe ser *proporcionada* y no impedir el acceso a la parte de la información solicitada no afectada por el límite de que se trate (principio de proporcionalidad y acceso parcial); 4) en todo caso, existe una obligación de *motivación* suficiente por parte de la AP.

14. Guichot Reina (2016: 97).

El plazo de resolución acogido como básico en la LTE se mueve dentro de parámetros comparados razonables: un máximo de un mes desde la recepción por el órgano competente para resolver, ampliable por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario, previa notificación al solicitante. No obstante, en uso de sus competencias, los sujetos obligados pueden reducir (que no ampliar, al ser una garantía básica) normativamente dicho plazo.

El silencio, negativo en la LTE, tiene carácter básico. Por ello, ni las leyes autonómicas ni los reglamentos locales pueden cambiar esta regla, pues ha de tenerse en cuenta que el silencio positivo, al margen de la complejidad de su efectividad en una materia como esta, que requiere de la puesta a disposición de información, supondría la puesta en peligro de otros bienes constitucionales públicos y privados protegidos por los límites.

A pesar de ello, una interpretación bastante difusa entre las comunidades autónomas (CC. AA.) (Cataluña, Aragón, Valencia, Navarra) sostiene la aplicación prevalente de la norma autonómica en caso de mejora de la regulación básica, conforme al argumento de que cuando una comunidad autónoma, ejerciendo su competencia para el desarrollo normativo, regule dentro del marco competencial “su especialidad”, cabe entender que el silencio administrativo tiene el efecto que la norma autonómica le haya otorgado. El ejemplo de la Ley catalana de transparencia (Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno -LTC-) es especialmente claro a estos efectos: en caso de falta de respuesta a las instancias de acceso, el art. 35 prevé que, si la AP no responde a la solicitud de acceso de uno de los ciudadanos, se produce el *silencio positivo*¹⁵. El desacuerdo entre las dos disposiciones, nacional y autonómica, es evidente, y, frente a eso, el Tribunal Constitucional tuvo que aclarar los márgenes de maniobra que tienen las CC. AA. sobre este punto: el resultado de esta valoración está muy claramente expresado en la STC 104/2018, de 4 de octubre, que ha venido a declarar la inconstitucionalidad del art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Aragón, que también establecía el carácter positivo del silencio en caso de transcurrir el plazo máximo para resolver una solicitud de acceso. El Tribunal Constitucional habla en este caso de “inconstitucionalidad mediada”, porque la regulación del procedimiento administrativo común es encomendada al Estado por el art. 149.1.18 CE, sin perjuicio de las especialidades propias de las CC. AA. La contradicción entre el precepto estatal y el autonómico es efectiva e insalvable, pues uno y otro establecen re-

15. “Si la Administración no resuelve y notifica dentro del plazo establecido, la solicitud se entiende estimada, salvo que una norma con rango de ley establezca expresamente un efecto desestimatorio, total o parcial, con relación a una determinada información” (art. 35.1).

gímenes de silencio administrativo incompatibles. A la vista de esta decisión, se hace evidente también la inconstitucionalidad del art. 35.1 de la ley catalana y de las leyes autonómicas similares.

Aparte de esto, resulta evidente que la efectividad del derecho de los ciudadanos dependerá en buena medida de que los sujetos obligados respondan efectivamente en plazo y de que no se escuden en respuestas que nieguen la propia existencia de la información.

Diferentemente, la ley italiana prevé una serie de límites que non son indicados de forma exhaustiva, sino general. El acceso cívico, en primer lugar, está excluido *a priori* (límites absolutos) en los casos de secreto de Estado y en otros supuestos de prohibición de acceso o divulgación previstos en la ley, "incluidos los casos en los que el acceso se encuentra subordinado por imperativo legal al respeto de condiciones, formas o límites específicos, incluidos los previstos en el artículo 24.1 de la Ley 241/1990" (artículo 5 *bis*, apartado 3).

En segundo lugar, el acceso está excluido cuando se cruza con otros intereses merecedores de tutela, de naturaleza tanto pública como privada. Por consiguiente, el nuevo artículo 5 *bis* admite que el acceso sea denegado si ello resulta necesario para evitar un perjuicio concreto (límites relativos):

- 1) A la tutela de intereses públicos inherentes a la seguridad pública, a la seguridad nacional, a la defensa y al ámbito militar, a las relaciones internacionales, a la política y a la estabilidad financiera y económica del Estado, al desarrollo de investigaciones de conductas delictivas y a su persecución, o al desarrollo regular de las actividades de inspección (apartado 1).
- 2) A la tutela de alguno de los siguientes intereses privados: a) protección de datos personales, de conformidad con la disciplina legal de la materia; b) libertad y secreto de la correspondencia; c) intereses económicos y comerciales de una persona física o jurídica, comprendidos la propiedad intelectual, los derechos de autor y los secretos comerciales (apartado 2).

A diferencia de los límites absolutos, en estos casos, la AP lleva a cabo una ponderación para verificar y, en su caso, impedir la efectiva causación de un perjuicio concreto. De hecho, el sistema italiano se centra exclusivamente en el test del perjuicio (*harm test*), puesto que la ponderación entre los intereses enfrentados es predeterminada por el legislador (si no se causa un daño concreto a uno de los intereses protegidos por los límites legales, prevalece siempre el acceso), mientras que el sistema español gira en torno al principio de ponderación (*balancing test*) de los intereses en juego, reservando, consiguientemente, amplios márgenes de discrecionalidad a las Administraciones requeridas para el acceso¹⁶.

16. Lombardi (2018).

A diferencia de la LTE, la ley italiana de transparencia establece que si la AP no responde a la solicitud de acceso de uno de los ciudadanos, no se produce un *silencio*, o sea, un acto implícito y sin motivación que resultaría en evidente contraste con la finalidad de transparencia de la ley, sino un incumplimiento de sus deberes, que tiene consecuencias bajo el perfil jurídico y procesual (*silenzio inadempimento*). Las Administraciones públicas italianas, tanto la central como las regionales y locales, no pueden añadir nuevos límites, porque la materia está sometida a reserva absoluta de ley.

En síntesis, es cierto que en los dos ordenamientos (y en España aún más que en Italia), “ante una normativa que se apoya en los conceptos jurídicos indeterminados y en la ponderación, la medida de la transparencia vendrá en buena medida de la mano no solo de la regulación legal sino de su interpretación y aplicación por los operadores jurídicos”¹⁷.

4.2

La transparencia *proactiva*: la publicación obligatoria de datos

La LTE establece el principio general de publicación activa de la información “cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”. Además, se prevé que se dé publicidad a la información que se solicite con mayor frecuencia.

A ello se une la inclusión de un catálogo de toda una serie de información sumamente relevante, clasificada en “institucional, organizativa y de planificación”, “de relevancia jurídica”, y de naturaleza “económica, presupuestaria y estadística” (artículos 5 a 11 LTE y, ampliándolas notablemente, las distintas leyes autonómicas). La publicación ha de hacerse en las correspondientes “sedes electrónicas o páginas web” de cada AP¹⁸, y el acceso también es posible a través del portal único, gestionado por la Presidencia del Consejo, “Portal de la Transparencia”, según los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización. Se prevé la publicación “de forma periódica y actualizada”, si bien la ley estatal y la mayor parte

17. Guichot Reina (2016: 102).

18. Parte de la doctrina ha criticado el hecho de que, para cumplir con las obligaciones publicitarias a las que están obligadas, muchas entidades públicas deben garantizar la disponibilidad de un sitio web, y esto constituye para ellas un sacrificio nada desdeñable. Es por ello que el legislador de 2013 eximió de la obligación de disponer de una página web propia a las entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50 000 euros, pudiendo estas utilizar las herramientas informáticas puestas a su disposición por la AP de donde proceden la mayor parte de las ayudas y subvenciones públicas recibidas (art. 5, apartado 4, LTE).

de normas autonómicas *no prevén plazos concretos* de publicación y de mantenimiento de la información publicada¹⁹. Ahora bien, la realidad desvela, hasta el momento, prácticas discutibles o directamente contrarias a esta regulación. Con las leyes 39 y 40 de 2015 se fortalece la modernización del sector público, impulsando la transición completa a lo digital, a través de la aplicación de nuevas reglas sobre archivo y calidad de los datos, disponibles en línea en tiempo real.

En Italia, el Decreto Legislativo 33/2013 plantea el modelo “proactivo” de transparencia, es decir, implementado a través de la publicación obligatoria de los datos indicados por la ley en los sitios web de los distintos organismos públicos. De esta forma, el Decreto Legislativo 33/2013 ha impuesto a las Administraciones públicas la obligación de publicación de documentos, datos e informaciones, y ha reconocido un “derecho general de cognoscibilidad” que coincide con la garantía –de la que puede valerse cualquiera– de conocer, obtener gratuitamente, utilizar y reutilizar los datos publicados. Es importante subrayar que, con respecto a los datos objeto de publicación obligatoria por parte de las Administraciones públicas, se imponen también obligaciones “cualitativas” y no solo “cuantitativas”: las Administraciones garantizan “la integridad, la constante puesta al día, la completitud, la ausencia de dilaciones, la simplicidad de la consulta, la inteligibilidad, la homogeneidad, la sencillez en el acceso, la ausencia de restricciones al mismo, así como la conformidad a los documentos originales en posesión de la Administración, la indicación de su procedencia y la posibilidad de reutilización” (artículo 6 del Decreto Legislativo 33/2013). La cualidad de los datos públicos es entendida como simple posibilidad de reutilización ágil y efectiva por parte de los interesados, según el paradigma del *open data* (también conocido como *linked open data*), y también como estandarización y homogeneidad de los mismos. El respeto de estos requisitos cualitativos debe consentir la posibilidad de comparar las distintas Administraciones (a los fines de la transparencia), la integración de los *data base*, la construcción de un sistema de informaciones que vaya más allá del “recinto” de las concretas Administraciones²⁰.

Con referencia al régimen de difusión *open data* de los datos personales, introducido por el artículo 4 del Decreto Legislativo 33/2013, no puede pasarse por alto una contradicción lógica con “el respeto de los principios

19. Sobre el art. 5, apdo. 1, LTE, sin embargo, el Consejo de Estado se expresó, con dictamen de 19 de julio de 2012, destacando la vaguedad con que fue redactada esta disposición, en la parte en que requiere su publicación de “informaciones consideradas relevantes”. Al respecto, ver Sendín García (2014: 135).

20. Sobre los paradigmas del *open data* (disponibilidad y acceso, reutilización y redistribución, participación universal), Carloni (2014).

sobre tratamiento de los datos personales”, exigidos por el Código sobre la *privacy*: los principios de proporcionalidad, pertinencia, necesidad, prohibición del exceso, indispensabilidad (en relación con datos sensibles u objeto de investigación judicial), en el tratamiento de los datos personales, difícilmente pueden ser salvaguardados si se difunden datos a través de la red, además en formato *open data*, lo que implica su apertura a la indexación en motores de búsqueda y a la reutilización²¹.

5

Sanciones e implementación de la ley

La LTE es muy parca en lo que se refiere al régimen sancionador por el incumplimiento de sus previsiones. Solamente castiga como infracción grave, a los efectos de la normativa de régimen disciplinario, los incumplimientos reiterados de las obligaciones de publicidad activa o de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de acceso. En este caso, se prevé que “el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora”.

La legislación vigente también ha previsto el establecimiento de autoridades independientes y especializadas de garantía del derecho de acceso, tanto a nivel estatal (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno) como de las comunidades autónomas y entidades locales (como, p. ej., la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública – GAIP, en Cataluña). Dichas autoridades conocen de las reclamaciones que los ciudadanos puedan presentarles voluntaria y gratuitamente antes de acudir a los tribunales del orden contencioso-administrativo, resolviéndolas en un plazo mucho más breve que estos (tres meses en el caso del Consejo estatal y dos meses en el caso de la GAIP). Sus resoluciones son vinculantes para la Administración reclamada y pueden ser impugnadas ante los tribunales del orden contencioso-administrativo (artículos 23, 24, 36 a 40, y disposición adicional cuarta LTE, y preceptos respectivos de las leyes autonómicas de

21. Gardini (2014). Como indica la *Corte Costituzionale* italiana, aunque sea de manera incidental: “La indexación y la trazabilidad gratuita en la web, con la ayuda de motores de búsqueda comunes, de los datos personales publicados, no es coherente para favorecer el conocimiento de la gestión pública y del uso de los recursos públicos. Estas formas de publicidad corren el riesgo de permitir la recuperación ‘casual’ de datos personales, y también estimulan formas de investigación inspiradas únicamente en la necesidad de satisfacer la mera curiosidad” (sent. 20/2019).

transparencia –p. ej., artículos 39 a 44 LTC–). Las leyes autonómicas prevén, asimismo, sanciones específicas por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia (p. ej., artículos 76 y siguientes LTC, aunque atribuyendo la competencia sancionadora a las propias Administraciones que las han incumplido).

Ciertamente, la LTE prevé que frente a toda resolución cabe recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa (cualquiera que sea la naturaleza, de derecho público o privado, de su autor). Pero también prevé como garantía básica la posibilidad de interponer una reclamación previa ante una autoridad independiente. Debe recalcar que se trata de reclamaciones que sustituyen a los recursos administrativos, y están dotadas, por ello, de plena fuerza ejecutiva y ejecutoria, es decir, son vinculantes y de obligado cumplimiento, a expensas de la posibilidad de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos, y del efecto suspensivo de este eventual recurso sobre su eficacia. Para el ámbito estatal, como se ha dicho, la LTE regula una autoridad administrativa independiente de nueva creación, el *Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*²². Su presidente es nombrado por el Gobierno y ratificado por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. Su mandato, no renovable, es de cinco años, y sus causas de cese son tasadas. Concentra las principales funciones ejecutivas; entre ellas, la de resolver las reclamaciones. Junto a este órgano unipersonal ejecutivo se encuentra la Comisión, órgano colegiado e interinstitucional, con competencias que podríamos calificar de menores.

En relación con las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial, esta competencia pertenece “al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas”. Otras comunidades han residenciado la competencia para la resolución de reclamaciones en el Defensor del Pueblo autonómico (Castilla y León, y Galicia), mutando así para esta materia la hasta ahora “consustancial” naturaleza no ejecutiva de sus resoluciones.

En Italia, a diferencia de muchos países que han adoptado el modelo FOIA, falta una autoridad independiente dedicada a velar por la ejecución de la ley, a proporcionar pautas a las Administraciones y a resolver controversias en tema de acceso cívico. La existencia de una autoridad independiente encargada de la vigilancia y de la ejecución de la normativa en materia de acceso a la documentación pública es fundamental para la realización efectiva del principio de transparencia. “Sin autoridades de control independientes de derecho y de hecho no habrá auténtica transparencia. Y es que en materia de información, o se garantiza una respuesta independiente, rá-

22. Fernández Ramos (2017).

vida y gratuita a los reclamantes, o la tutela del derecho de acceso a la información no es efectiva. El Derecho comparado muestra cómo es la solución mayoritaria y cómo el papel de estas autoridades al interpretar y resolver es decisivo en la efectividad del derecho de acceso”²³.

Desde este punto de vista, las decisiones adoptadas por el legislador español se revelan mucho más apropiadas.

6

Acceso: ¿derecho individual o herramienta para la lucha contra la corrupción?

Un aspecto crucial de la vigente regulación española e italiana del derecho de acceso, que no ha sido suficientemente enfatizado, es determinar si el derecho de acceso puede ejercerse legítimamente tanto para los fines “altruistas” que justificaron el surgimiento histórico de dicho derecho (como derecho vinculado a la libertad de prensa) como para fines puramente “egoístas”. Esto es, que se ejerza no ya con la finalidad de efectuar un control democrático de la actuación de los poderes públicos y contribuir al debate público (finalidad que impulsa las solicitudes de acceso formuladas por los medios de comunicación y demás *public watchdogs* a que se refiere el TEDH, y cuyo resultado está destinado a ser ampliamente difundido a través de los medios, internet y publicaciones especializadas), sino para acceder a informaciones que interesen única o principalmente a quien las solicite.

El derecho a la información administrativa deriva directamente de la premisa principal según la cual la Administración se encuentra *al servicio del público*. El punto de partida conceptual para la afirmación del derecho de acceso a las informaciones públicas (*todo para todos*) es que las Administraciones públicas disponen de un ingente número de informaciones no en su propio interés, sino *en interés del público*. En esta vertiente de “archiveros”, las Administraciones públicas actúan como *custodios* del interés general, motivo por el cual todas las informaciones en poder de las Administraciones deberían ser accesibles al público, con excepción de aquellas expresamente excluidas por la ley en consideración a un interés prevalente, basado en razones de privacidad o secreto (las denominadas *exemptions*).

A partir del año 1966, la legislación FOIA de América del Norte pone formalmente en el centro un derecho fundamental del individuo a acceder a las informaciones públicas (*right to know*). El Convenio del Consejo de

23. Guichot Reina (2016: 103).

Europa de 27 de noviembre de 2008 ha sancionado por primera vez (en el sentido de que se trata del primer instrumento internacional vinculante) un deber general de *disclosure*, reconociendo un “derecho de acceso a los documentos públicos en posesión de las autoridades” [artículo 2.1)], confirmando que el derecho internacional contemporáneo considera la pretensión de recibir informaciones como un *derecho fundamental* del individuo²⁴. En el marco europeo e internacional el derecho de acceso a la información pública se considera un *derecho fundamental del individuo*, mientras que la transparencia administrativa es tan solo un principio que debe informar el ejercicio del poder público²⁵.

Sin embargo, no faltan los puntos críticos con respecto a la afirmación de este nuevo derecho individual. En Italia, como en España, el acceso generalizado ha sufrido una lenta metamorfosis y, desde un derecho fundamental del individuo, se ha convertido gradualmente en una herramienta para combatir la corrupción, un “desinfectante” contra la mala administración que solo indirectamente satisface el derecho a información del ciudadano. El acceso cívico se concibe como una herramienta para combatir la corrupción. Tiene como objetivo proteger el interés público consistente en ejercer un control generalizado sobre la Administración, antes que la satisfacción de un derecho individual a la información.

A pesar de estar abiertamente inspirado por la legislación FOIA de América del Norte, el Decreto Legislativo 97/2016 termina *funcionalizando* el derecho de acceso cívico al interés de la comunidad, colocándolo al servicio de transparencia pública y lucha contra la corrupción. La propia expresión “acceso cívico” evoca de inmediato la idea de un derecho reconocido en beneficio de la comunidad (*uti cives*) y no de su propietario (*uti singuli*). De esta forma, se ha introducido un derecho al conocimiento según el modelo FOIA (*right to know*), pero se ha configurado desde la perspectiva del interés de la colectividad en el ejercicio de un control sobre la gestión de los fondos públicos (lógica funcionalista), no desde el punto de vista del interés del particular en su propia realización y en su desarrollo personal (lógica individualista).

De manera análoga, en España se ha asistido a la progresiva transformación de un derecho individual –el acceso a la documentación administrativa–, originariamente introducido para la tutela de intereses particulares, en un principio estructural de las relaciones entre AP y ciudadano. Se ha producido, así, la singular metamorfosis de una situación subjetiva en un

24. Sobre esta cuestión, Savino (2013).

25. Pajno (2013).

criterio de buena administración. Por esa razón, hoy en día no tiene fundamento plantear la existencia del acceso a la información pública como derecho fundamental del individuo, sino como remedio para prevenir prácticas corruptas institucionales o generalizadas.

Esta evolución conceptual tiene varias repercusiones sobre la disciplina del acceso a la información pública. Téngase en cuenta que, en los sistemas jurídicos democráticos liberales, la “funcionalización” de un derecho, es decir, su metamorfosis de libertad a función, no deriva automáticamente de su exposición a límites derivados de la protección de algunos intereses públicos: sin embargo, cuando la cantidad de los límites es tal como para determinar la “esclavitud” de la posición subjetiva a fines distintos de los intereses del propietario, la cantidad también es relevante en términos de calidad, llegando a transformar el derecho en función²⁶.

En el caso del derecho al acceso cívico generalizado, el bien protegido en general parece ser la “buena administración”, y no el “derecho a la información administrativa”: por lo tanto, la libertad individual, el derecho a saber, anunciado por la ley según el modelo FOIA norteamericano, ha asumido, en la implementación gubernamental y jurisprudencial, la apariencia de la función pública, mientras que la solicitud del titular se pone al servicio de la *civitas*. Desde este punto de vista, el acceso cívico comparte la misma condición de “interés ocasionalmente protegido”, cuya satisfacción depende de la satisfacción, esperada y protegida, de otro interés: el efecto es que solamente el segundo interés está legalmente protegido, mientras que el primero no lo está en absoluto²⁷.

De este enfoque se derivan consecuencias muy significativas sobre la naturaleza y los límites del acceso a la información pública. Al examinar la jurisprudencia administrativa italiana reciente sobre el tema del acceso cívico generalizado, de hecho, es cada vez más frecuente leer que, “aunque [...] la ley no requiere la explicación del motivo de la solicitud de acceso, es implícito su cumplimiento con la satisfacción de un interés que presente un *valor público* y que no se limite a una exigencia exclusivamente privada, individual, egoísta o emulativa que, lejos de favorecer la participación consciente de los ciudadanos en el debate público, correría el riesgo de comprometer los mismos propósitos en la base de la introducción del instituto”²⁸.

26. “Il diritto di informazione è un diritto individuale, che può ricevere una tutela più intensa laddove assolve ad una funzione sociale, ma senza che questa ponga il diritto al servizio di un fine predeterminato. L'imposizione di un vincolo di scopo ai diritti di informazione, anzi, rischia di essere inutile o dannosa”. Cudia (2007: 126).

27. Scoca (2017: 91-92).

28. T.A.R. Roma, 2 julio 2018, n.º 7326; T.A.R. Palermo, 1 octubre 2018, n.º 2020. El caso en cuestión se refería a la solicitud de acceso presentada por una agencia inmobiliaria que quería

En síntesis, en la interpretación prevaleciente el acceso cívico se reconoce como un derecho individual, pero solo cuando se ejerce con fines de interés general. *Un derecho individual al servicio de la comunidad*, en otras palabras.

En España, los jueces españoles que conozcan de solicitudes de acceso a información pública no pueden denegarlas en función de la finalidad perseguida y de su carácter altruista o egoísta, finalidad que ni siquiera consta en la petición. Solo pueden valorar la concurrencia o no de los límites al acceso previstos en los artículos 14 y 15 LTE y, en su caso, tener en cuenta dicha finalidad (cuando conste) y la naturaleza de la información solicitada (que tenga o no interés público), cuando efectúen el juicio de ponderación (*balancing test*) y decidan si debe prevalecer el acceso o el bien jurídico que pueda verse perjudicado por el mismo. En todo caso, el solicitante tiene derecho a manifestar las razones por las que presenta la solicitud, motivándola tanto en relación con el interés público que subyace al acceso como, en su caso, con referencia al interés privado. Tales razones, evidentemente, “pueden” ser tomadas en consideración en el momento de la decisión y, por lo tanto, su *ausencia* no puede constituir causa de rechazo de la solicitud (art. 17, apdo. 3). La formulación de esta regla es todo menos feliz: de hecho, incluso podría deducirse de ella que la insuficiencia (no la ausencia) de la motivación puede contribuir a determinar el rechazo de la solicitud²⁹. Tal exégesis llevaría a “debilitar” la disposición anterior, según la cual la solicitud de acceso no debe ser motivada. Sobre esto, la doctrina considera que, mientras que el ciudadano tiene la *facultad* de motivar, la AP tiene la *obligación* –y no la facultad– de considerar el contenido de la solicitud de acceso por cómo ha sido motivada (por razón de las disposiciones del art. 88, párrafo 1, LRJPAC).

Finalmente, cabe señalar la escasa atención a la fase de *ejecución* que distingue el método de reforma italiano de los modelos anglosajón o francés. Aprobar una ley no significa llevar a cabo una reforma: a tal fin, es preciso introducir mecanismos de control, preparar a los empleados públicos para el cambio, un seguimiento adecuado de la ejecución y de los resultados, la identificación de puntos precisados de corrección. Baste considerar que en Reino Unido la implementación del FOIA 2000 ha exigido cinco años y 35 millones de libras esterlinas.

conocer los permisos de construcción recibidos por la municipalidad y relacionados con un barrio específico de la ciudad.

29. Según la LTE, art. 17, apdo. 3: “El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”.

A este respecto, resulta muy interesante la experiencia de Colombia, donde una ley de 2014 establece una *obligación de educación formal a la transparencia*, a cargo del Estado. Según la Ley colombiana de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional (Ley 1712 de 2014), “el Ministerio de Educación, con el apoyo de la sociedad civil, deberá promover que en el área relacionada con el estudio de la Constitución, la instrucción cívica y el fomento de prácticas democráticas obligatorias para las instituciones educativas privadas y públicas, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución Política, se incluya información sobre el derecho de acceso a la información, sus principios y sus reglas básicas” (art. 31).

El fomento y la educación en la participación democrática, en mi opinión, es la única vía para llevar a cabo una reforma que tiene como objetivo lograr la transparencia de la AP y, por lo tanto, no representa una reforma solo jurídica, sino también cultural, económica y social.

7

Bibliografía

- Arena, G. (2006). Trasparenza amministrativa. En S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico* (vol. VI, pp. 5945 y ss.). Milán: Giuffrè.
- Carloni, E. (2014). *L'amministrazione aperta. Regole, strumenti, limiti dell'open government* (pp. 271 y ss.). Maggioli.
- Cudia, C. (2007). Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione. *Diritto Pubblico*, 13 (1).
- Fernández Ramos, S. (2017). La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, 45.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M.^a (2017). *El derecho al acceso a la información pública en España*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gardini, G. (2014). Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa? *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 875-892.
- Guichot Reina, E. (2016). Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 94, 89-106.

- Lombardi, F. (2018). *Spunti di riflessione sulla problematica applicazione delle diverse tipologie di accesso. Il possibile insegnamento derivante dall'esperienza spagnola. Federalismi.it*, 22.
- Merloni, F. (2008). Trasparenza delle istituzioni e principio democratico. En F. Merloni (dir.). *La trasparenza amministrativa* (pp. 3 y ss.). Milán: Giuffrè.
- Mir Puigpelat, O. (2017a). Access to public information in Spanish transparency law: the chronicle of a paradigm shift. *Revista catalana de dret públic* (English Edition), 55.
- (2017b). *El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma. Revista catalana de dret públic*, 55, 2017, 48-66.
- Pajno, A. (2013). Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione. Ponencia presentada en el 59° *Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 19-21 settembre 2013*. Disponible en: www.astrid-online.it.
- Savino, M. (2013). La nuova disciplina della trasparenza amministrativa. *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 795-805.
- Scoca, F. G. (2017). *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Turín: Giappichelli.
- Sendín García, M. Á. (2014). Transparencia y acceso a la información pública. En J. Rodríguez-Arana Muñoz y M. Á. Sendín García. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno* (pp. 93 y ss.). Granada: Comares.

Limitaciones de las corporaciones locales en funciones durante el período de administración ordinaria

DAVID CABEZUELO VALENCIA

*Secretario de Administración local, categoría superior.
Secretario general del Ayuntamiento de Sabadell*

- 1. Introducción**
- 2. La finalización del mandato**
- 3. La administración ordinaria**
 - 3.1. Duración
 - 3.2. Finalidad
 - 3.3. Concepto
 - 3.4. Delimitación
- 4. Relación de actos prohibidos y actos permitidos para las corporaciones locales en funciones durante el período de administración ordinaria**
 - 4.1. Actos prohibidos por exceder de la administración ordinaria
 - 4.2. Actos permitidos por pertenecer a la administración ordinaria
- 5. Tipo de invalidez de los actos adoptados que no sean de administración ordinaria**
- 6. Conclusiones y recomendaciones**
- 7. Bibliografía**

Resumen

El pasado 28 de mayo de 2023 se celebraron las elecciones locales y, de acuerdo con la legislación electoral, los miembros de las corporaciones cesantes estuvieron en funciones para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores. El concepto de 'administración ordinaria' es la clave para comprender qué pueden hacer y qué no las corporaciones locales en funciones, por lo que se efectuará una tentativa de delimitación de su contenido, elaborando una relación de actos cuya adopción está vedada a los órganos en funciones por desbordar la mera administración ordinaria, y otra de actos que están permitidos por ser propios de la gestión cotidiana municipal.

Palabras clave: *Gobiernos locales en funciones; administración ordinaria; elecciones locales; competencias locales.*

Limitations of acting local corporations during the period of ordinary administration

Abstract

In 28 May 2023, local elections were held and, according to the electoral legislation, the members of the outgoing corporations were in office for ordinary administration until their successors took office. The concept of “ordinary administration” is the key to understanding what the local corporations in office can and cannot do. The article explores the limits of the content of that concept, drawing up a list of acts whose adoption is forbidden to the acting bodies because they go beyond the mere ordinary administration, and another list of acts that are allowed because they are part of the day-to-day management of the municipality.

Keywords: acting local governments; ordinary administration; local elections; local competences.

1

Introducción

El artículo 194.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), establece que, una vez finalizado su mandato, los miembros de las corporaciones cesantes continuarán sus funciones única y exclusivamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, no pudiendo adoptar, en ningún caso, acuerdos para los que legalmente se exija una mayoría cualificada.

Este precepto es el “culpable” de que, cuando se acercan las elecciones municipales, los ayuntamientos entren en una actividad frenética para intentar concluir la tramitación de una multitud de expedientes antes de que acabe el mandato corporativo. Pero no todos se consiguen finalizar a tiempo, y entonces entramos en el período de administración ordinaria con expedientes todavía por acabar y que además tienen que ser resueltos por unos concejales cesantes que se encuentran en funciones y que, por lo tanto, tienen restringida su capacidad decisoria.

Es en este contexto cuando a los secretarios municipales siempre se nos formula la misma pregunta: ¿qué actos administrativos pueden adoptarse durante este período de administración ordinaria por los órganos de las corporaciones locales en funciones?

La verdad es que la pregunta no tiene fácil respuesta, ya que la legislación (ni la electoral ni la local) no define qué se entiende por “administración ordinaria” ni contiene una enumeración de asuntos o materias sobre las cuales puedan dictarse actos durante dicho período. Tan solo prohíbe la adopción de acuerdos que requieran una mayoría cualificada, pero no fija reglas ni criterios para esta etapa de transición, dejando en manos de los órganos en funciones (y por, ende, de sus asesores jurídicos, esto es, los secretarios municipales y los operadores jurídicos locales) la difícil tarea de tener que interpretar en cada caso concreto, tras un análisis de las circunstancias concurrentes, si el acto que se pretende adoptar es o no propio de la administración ordinaria.

En consecuencia, y sin ninguna duda, el concepto de “administración ordinaria” es la clave para comprender qué pueden hacer y qué no las corporaciones locales en funciones. Pero, como veremos, se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que impide una delimitación precisa e inequívoca.

El objeto del presente artículo consiste en analizar los criterios que la doctrina y la jurisprudencia (ambas muy exiguas en esta materia, por cierto) han fijado para precisar el contenido y alcance de este concepto, con el propósito de elaborar, a la vista y partiendo de los mismos, una relación de actos prohibidos para los órganos en funciones por exceder del ámbito de la administración ordinaria, y otra de actos cuya adopción es legalmente posible por formar parte de la gestión cotidiana municipal.

2

La finalización del mandato

Según el artículo 194.1 de la LOREG, el mandato de los miembros de las corporaciones municipales es de cuatro años desde la fecha de su elección:

“1. El mandato de los miembros de los Ayuntamientos es de cuatro años, contados a partir de la fecha de su elección, en los términos previstos en el artículo 42, apartado 3, de esta Ley Orgánica”.

Este precepto remite al artículo 42.3 de la LOREG, que prevé que los mandatos finalizan el día anterior al de la celebración de las siguientes elecciones:

“[...] Las elecciones se realizan el cuarto domingo de mayo del año que corresponda y los mandatos, de cuatro años, terminan en todo caso el día anterior al de la celebración de las siguientes elecciones”.

Por Real Decreto 207/2023, de 3 de abril, se convocaron elecciones locales y a las asambleas de Ceuta y Melilla para el 28 de mayo de 2023.

En consecuencia, habiendo sido las elecciones locales el 28 de mayo de 2023, el mandato de los miembros corporativos finalizó el día anterior, esto es, el 27 de mayo de 2023.

3

La administración ordinaria

3.1

Duración

La finalización del mandato de los concejales no implica el cese automático en el cargo, ya que los concejales electos no toman posesión de forma inmediata, sino hasta el vigésimo día siguiente a las elecciones (o el cuadragésimo si se ha interpuesto recurso contencioso-electoral contra su proclamación), tal como señala el artículo 195.1 de la LOREG:

“1. Las Corporaciones municipales se constituyen en sesión pública el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiese presentado recurso contencioso-electoral contra la proclamación de los Concejales electos, en cuyo supuesto se constituyen el cuadragésimo día posterior a las elecciones”.

Para que durante estos veinte días que transcurren desde la celebración de las elecciones hasta la constitución de la nueva corporación municipal no haya un vacío de poder y la actividad del ayuntamiento no se vea interrumpida, la LOREG prevé el llamado período de administración ordinaria (también conocido como *prorrogatio*), durante el cual los concejales salientes deben seguir ejerciendo sus competencias hasta la toma de posesión de los concejales entrantes en la sesión constitutiva. Así lo dispone el artículo 194.2 de la LOREG:

“2. Una vez finalizado su mandato, los miembros de las corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, sin que en ningún caso puedan adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada”.

Se trata de un período interregno en el que se establece una especie de Gobierno provisional o transitorio con la única finalidad de garantizar el nor-

mal funcionamiento de la corporación, evitando la paralización o el entorpecimiento de la actividad ordinaria municipal y el consiguiente perjuicio al interés público y a los derechos de los vecinos.

Por lo tanto, el período de administración ordinaria alcanzó desde el 28 de mayo de 2023 (día de celebración de las elecciones locales) hasta el 17 de junio de 2023 (día de constitución de las nuevas corporaciones locales) o hasta el día 7 de julio de 2023 (en caso de que se hubiera interpuesto recurso contencioso-electoral contra la proclamación de los concejales electos).

Durante este período todos los concejales salientes (incluso los que no habían sido reelegidos) lo fueron en funciones para la administración ordinaria. Aunque el artículo 194.2 de la LOREG solo se refiera a los miembros corporativos, hay que entender que la situación de “en funciones” para la administración ordinaria se extiende también a los órganos de gobierno colegiados municipales (el pleno y la junta de gobierno), en la medida en que estos están integrados por aquellos.

Esta circunstancia se deberá hacer constar expresamente junto a la denominación del órgano en todos los actos y documentos que se emitan durante este período (por ejemplo: el alcalde en funciones, el teniente de alcalde del Área de Urbanismo en funciones, el concejal delegado de Recursos Humanos en funciones, la junta de gobierno en funciones, etc.).

3.2 Finalidad

Como se ha dicho, durante este período transitorio los miembros corporativos siguen ejerciendo sus competencias, tanto las atribuidas por las leyes como las conferidas por delegación, pero solo pueden dictar actos que sean de administración ordinaria y no pueden adoptar acuerdos que requieran una mayoría cualificada.

Se pretende con ello un doble objetivo:

- a) Asegurar la necesaria continuidad en la gestión cotidiana de los asuntos municipales, a fin de evitar vacíos de poder o situaciones de desgobierno que causen perjuicios no solo a los ciudadanos, sino también a la propia Administración municipal.
- b) Impedir que un Gobierno con un mandato finalizado adopte decisiones que puedan comprometer la gestión de la corporación entrante, garantizando así que esta, desde el mismo inicio de su mandato, cuente con las debidas garantías para el normal ejercicio de sus funciones.

Ambas finalidades son igual de importantes, porque tan perjudicial puede resultar para el interés público la adopción de acuerdos ajenos a la administración ordinaria, como la no adopción de acuerdos que obedezcan a necesidades propias de la actividad cotidiana de la corporación. En este último sentido, conviene resaltar que el Gobierno saliente no puede hacer dejación de funciones con el pretexto de haber finalizado el mandato y encontrarse la corporación en funciones.

3.3 Concepto

El problema estriba en determinar qué se entiende por “administración ordinaria”, ya que, como se ha apuntado, el artículo 194.2 de la LOREG no contiene una definición. Por lo tanto, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, es decir, un supuesto de hecho que la ley define de manera abstracta o genérica y que solo puede ser concretado por la Administración en los actos de aplicación.

En palabras de García de Enterría, “con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto [...]. La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación [...]. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto [...]. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten ‘una unidad de solución justa’ en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”.

Por lo tanto, la aplicación de cualquier concepto jurídico indeterminado requiere una labor analítica e interpretativa en cada supuesto concreto, y así deberá hacerse respecto al concepto que nos ocupa, examinando caso por caso para, en atención a las circunstancias concurrentes, discernir si el acto que se pretende dictar puede calificarse como de administración ordinaria o, por el contrario, no tiene encaje dentro de esta.

Pero precisamente ahí es donde surgen los problemas, puesto que, dada la gran cantidad y variedad de servicios y actividades que realizan las entidades locales, y los procedimientos y actos que hay que tramitar y dictar para llevarlos a cabo, la casuística es ingente.

3.4 Delimitación

El artículo 194.2 de la LOREG contiene una prohibición que nos ayuda a delimitar negativamente el concepto de administración ordinaria, cuando establece que en ningún caso los concejales cesantes podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada.

Esta previsión se está refiriendo al pleno de la corporación, único órgano municipal que debe adoptar determinados acuerdos mediante una mayoría cualificada (mayoría absoluta), los cuales se encuentran relacionados en el artículo 47.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL):

- a) Creación y supresión de municipios y alteración de términos municipales.
- b) Creación, modificación y supresión de las entidades a que se refiere el artículo 45 de esta ley.
- c) Aprobación de la delimitación del término municipal.
- d) Alteración del nombre y de la capitalidad del municipio.
- e) Adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo.
- f) Aprobación y modificación del reglamento orgánico propio de la corporación.
- g) Creación, modificación o disolución de mancomunidades u otras organizaciones asociativas, así como la adhesión a las mismas y la aprobación y modificación de sus estatutos.
- h) Transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones públicas, así como la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente.
- i) Cesión por cualquier título del aprovechamiento de los bienes comunales.
- j) Concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 20 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto.
- k) Municipalización o provincialización de actividades en régimen de monopolio y aprobación de la forma concreta de gestión del servicio correspondiente.

l) Aprobaciones de operaciones financieras o de crédito y concesiones de quitas o esperas, cuando su importe supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto, así como las operaciones de crédito previstas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

ll) Los acuerdos que corresponda adoptar a la corporación en la tramitación de los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística.

m) Enajenación de bienes, cuando su cuantía exceda del 20 por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto.

n) Alteración de la calificación jurídica de los bienes demaniales o comunales.

ñ) Cesión gratuita de bienes a otras Administraciones o instituciones públicas.

o) Las restantes determinadas por la ley”.

Aquí no existe duda, porque la norma es clara y los supuestos están perfectamente tasados, por lo que no cabe interpretación alguna en virtud del brocardo *in claris non fit interpretatio*. Por lo tanto, los asuntos que requieren acuerdos plenarios con el quórum de la mayoría absoluta no son de administración ordinaria y, en consecuencia, no pueden ser adoptados por las corporaciones locales en funciones bajo ningún concepto, ni siquiera alegando razones de urgencia o de interés público, ya que el artículo 194.2 de la LOREG no deja opción alguna, al utilizar la taxativa expresión: “en ningún caso”.

¿Pero qué sucede con el resto de acuerdos que puede adoptar el Pleno y que no requieren mayoría absoluta? ¿Y con los actos que pueden dictar los demás órganos municipales (alcalde, tenientes de alcalde, concejales delegados y junta de gobierno)? ¿Cuáles son de administración ordinaria y cuáles no?

Es en este ámbito donde surgen los auténticos problemas interpretativos, y la verdad es que apenas existen estudios doctrinales y pronunciamientos judiciales que hayan abordado la cuestión con el necesario detalle y rigor y nos ilustren sobre el contenido y alcance del concepto de administración ordinaria. Ni siquiera la Junta Electoral Central ha desarrollado una doctrina extensa y argumentada que nos ayude a delimitar debidamente este concepto (hecho, por cierto, que no deja de ser sorprendente). En un Acuerdo de 7 de abril de 2011 adoptado con motivo de una consulta sobre la finalización del mandato de los representantes municipales en un consorcio, se limitó a decir que “deberán limitarse a funciones de administración ordinaria del consorcio, absteniéndose de adoptar decisiones que puedan

condicionar el futuro de la entidad y más concretamente la labor de los nuevos Concejales electos una vez que hayan tomado posesión de sus cargos”.

Por su parte, la doctrina científica se ha mostrado partidaria de una concepción limitadora de las atribuciones de los órganos en funciones, que deben circunscribirse a los actos de mera gestión y tramitación administrativa de los asuntos, sin incidir en decisiones de alcance organizativo o político que puedan comprometer o mediatizar la gestión de las corporaciones entrantes.

Chacón Ortega y Cortés Sánchez consideran que el concepto de administración ordinaria se circunscribe a los siguientes actos:

- a) Actos de la Alcaldía imprescindibles para garantizar el normal funcionamiento y mantenimiento de los servicios e instalaciones municipales y el despacho ordinario de los asuntos.
- b) Actos que tengan señalado plazo de caducidad y cuya falta de acuerdo pudiera causar perjuicios al ayuntamiento (interposición de recursos, personación de recursos interpuestos contra el ayuntamiento, comparecencia en informaciones públicas, solicitudes de subvenciones, etc.).
- c) Actos reglados que no comporten ámbito dispositivo, sino que sean tributarios de los correspondientes informes técnicos y jurídicos (concesión de licencias urbanísticas y resolución de reclamaciones fiscales).

Y establecen como criterio interpretativo general que no se puede adoptar ningún acuerdo o resolución que no resulte absolutamente imprescindible o inaplazable o que tenga un componente de decisión política, es decir, que no se trate de acuerdos o resoluciones totalmente reglados respecto de los que la ley establezca el sentido en que se han de resolver si se dan determinadas circunstancias.

Siguiendo los dictados del derecho comparado y la técnica interpretativa del artículo 3 del Código Civil, Alonso Higuera entiende que las corporaciones municipales en funciones están facultadas para:

- a) Administrar los asuntos cotidianos, corrientes y habituales necesarios para que la actividad municipal, necesitada de algún nivel de intervención administrativa, no se paralice.
- b) Administrar los asuntos excepcionales y que requieren una actuación urgente (como por ejemplo la adopción de medidas en caso de catástrofes, la contratación de obras de emergencia, el ejercicio de acciones judiciales con plazos perentorios, etc.).

Por lo tanto, se concluye que todas las otras actividades que excedan de estos criterios, es decir, que no obedezcan a una mera administración

cotidiana o a la adopción de medidas urgentes y que, por lo tanto, puedan comprometer la futura gestión de los concejales entrantes, están vedadas a las corporaciones en funciones.

Pozo Bouzas y Javaloyes Ducha, en un excelente trabajo, entienden que la administración ordinaria se refiere “a la gestión de lo cotidiano, al quehacer diario de las respectivas Corporaciones. Mientras el término ‘administración’ alude al gobierno o dirección de una institución, lo ordinario se define según la Real Academia de la Lengua como ‘común, regular y que sucede habitualmente’. Es esta noción de ordinario lo que distingue al período en que la Corporación se encuentra en funciones. En consecuencia, durante este lapso de tiempo el gobierno municipal debe limitarse a lo frecuente, lo repetido, lo corriente. Quizá resulte más sencillo comprender el término ‘administración ordinaria’ mediante una definición negativa. En este sentido, durante el período en que la Corporación se encuentre en funciones no cabrá adoptar decisiones de carácter excepcional, insólito o singular. De forma similar, debemos indicar que el término ‘administración ordinaria’ parece incompatible con la toma de decisiones que aludan a planteamientos de carácter estratégico o de definición de políticas públicas o que, en general implique la adopción de compromisos a medio o largo plazo”.

La jurisprudencia tampoco ha sido profusa en esta cuestión, sino todo lo contrario. Son pocas las resoluciones judiciales que se han pronunciado al respecto, siendo una de las primeras la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1991 (recurso núm. 534/1989), que se limitó a decir lo que ya sabemos: que la administración ordinaria es un concepto jurídico indeterminado, pero sin entrar a definir su significado.

Otra sentencia muy conocida del Tribunal Supremo es la de 25 de mayo de 1993 (recurso núm. 7220/1990), dictada con motivo de la impugnación de la aprobación por el Ayuntamiento de Barcelona, durante el período de administración ordinaria, de una Ordenanza reguladora de los establecimientos de concurrencia pública. Esta sentencia, en su fundamento jurídico tercero, estableció lo siguiente:

“Independientemente de que para la aprobación de la Ordenanza de que se trata, no era necesaria ninguna mayoría cualificada del Consistorio [...], el propio art. 194.2 de la Ley 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General, tampoco permite a los miembros de las corporaciones cesantes adoptar acuerdos ajenos a la Administración ordinaria, como indudablemente lo sería la aprobación de una Ordenanza como la debatida, por lo que no habría ciertamente procedido conforme a derecho la Corporación Municipal”.

En esta cuestión, y en la misma línea, Pozo Bouzas y Javaloyes Ducha apuntan muy acertadamente que “el ejercicio de la potestad reglamentaria constituye una de las máximas expresiones de la autonomía local proclamada constitucionalmente y entendida como capacidad de la entidad correspondiente para desarrollar políticas propias. De este modo, la importancia de esta potestad determina que, en nuestra opinión, no quepa adoptar acuerdos relativos a la aprobación de ordenanzas o reglamentos”.

Así pues, la aprobación de una ordenanza, a pesar de no requerir mayoría absoluta, excede del concepto de administración ordinaria, de lo que se infiere que no se puede identificar este concepto con los asuntos que no requieren un quórum reforzado, que, por cierto, son la gran mayoría, ya que recordemos que la regla general para la adopción de acuerdos plenarios es la mayoría simple, mientras que la mayoría absoluta es una excepción para determinados asuntos, de conformidad con el artículo 47 de la LRBRL.

Siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia de 2 de diciembre de 2005 (recurso núm. 161/2004) se volvió a pronunciar sobre el alcance y los límites de un Gobierno en funciones, pero esta vez en referencia al Gobierno del Estado y al concepto de “despacho ordinario de los asuntos públicos” que contiene el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuando señala que “el Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas”.

Sin embargo, los criterios interpretativos que fija esta sentencia sobre la actuación de un Gobierno estatal en funciones y sobre el concepto de despacho ordinario de los asuntos públicos, equiparable al de administración ordinaria, son plenamente aplicables a los Gobiernos locales en funciones. Siguiendo a Mestre Delgado y Martínez Rivero, estos criterios se pueden sintetizar del siguiente modo:

- a) La existencia de un Gobierno en funciones constituye una exigencia constitucional, por cuanto el Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo, si bien su actuación está sometida a limitaciones, ya que la propia naturaleza de esta figura, cesante y transitoria, conlleva su falta de aptitud para ejercer la plenitud de las atribuciones gubernamentales.
- b) El despacho ordinario de los asuntos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orienta-

ciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno.

- c) La cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse.
- d) Es necesario que concurren razones de urgencia debidamente justificadas para que la actuación de un Gobierno en funciones puede ir más allá de la mera administración ordinaria.

Esta doctrina fue reiterada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2019 (recurso núm. 4333/2016) al resolver el recurso planteado frente al Real Decreto 1/2016, de 8 enero, por el que se aprueba, por el Gobierno en funciones, la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas.

Tampoco es abundante la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, si bien existen algunos pronunciamientos que conviene destacar en lo que aquí interesa.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 12 de mayo de 2004 (recurso núm. 1983/2003) estableció que la situación de “en funciones” en que se encontraba un concejal de un ayuntamiento miembro de una mancomunidad no le impedía votar en la asamblea de concejales de la misma.

En materia urbanística, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de octubre de 2004 (recurso 97/2001) determinó que la aprobación de un proyecto de urbanización es un acto de administración ordinaria, al tratarse de un mero instrumento de ejecución y gestión del planeamiento urbanístico que no requiere quórum especial para su aprobación.

Con el mismo argumento, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2013 (recurso núm. 2276/2009) y de 10 de mayo de 2013 (recurso núm. 2477/2009) concluyeron que es posible en período de administración ordinaria la aprobación de un proyecto de reparcelación:

“El acto aprobatorio de un Proyecto de Reparcelación –para el que no se requiere mayoría cualificada–, en cuanto instrumento de equidistribución de beneficios y cargas, es un mero acto de gestión de las determinaciones del planeamiento urbanístico, pudiendo por ello ser considerado un acto de gestión ordinaria”.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 57/2011, de 8 de febrero (recurso núm. 50/2010), relativa a la impug-

nación de la desestimación por parte de un concejal en funciones de un recurso de reposición interpuesto contra la denegación de una licencia de obras, determinó que no puede interpretarse como extralimitación de la administración ordinaria resolver un recurso de reposición frente a un acto administrativo anterior, y añadió que tanto la aprobación del presupuesto municipal como la adopción de actos relevantes en materia contractual rebasan el concepto de administración ordinaria.

Precisamente en el ámbito de la contratación administrativa, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 933/2004, de 25 de junio (recurso núm. 1117/2001), en un caso de impugnación de una modificación de un contrato para variar las condiciones de pago, consideró que “la modificación operada era de administración ordinaria, por lo que la corporación saliente no sólo estaba facultada para ello sino obligada, a fin de que los intereses municipales no sufrieran paralización alguna”.

En materia tributaria encontramos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 30 de mayo de 2014 (recurso núm. 53/2013), que se pronunció sobre una resolución dictada por un alcalde en funciones que desestimaba un recurso de reposición interpuesto contra actos de gestión censal y liquidaciones del impuesto sobre actividades económicas. La sentencia entendió que esta actuación tiene cabida dentro de la administración ordinaria:

“La resolución de un recurso de reposición en un expediente de gestión tributaria es un acto de ‘administración ordinaria’ que no requiere mayoría cualificada, por lo que podía ser dictado por el Alcalde en funciones”.

Finalmente, en materia de personal existen varios pronunciamientos interesantes. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2003 (recurso núm. 1865/1999) consideró que la funcionarización de empleados laborales aprobada por una corporación local en funciones sobrepasaba el ámbito propio de la administración ordinaria.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de diciembre de 2007 (recurso núm. 334/2007), si bien referida a la Administración autonómica, declaró que un Gobierno en funciones no puede proveer puestos mediante el sistema de libre designación:

“La precariedad de un Gobierno en funciones (cesado democráticamente al perder las elecciones) nombrando cargos de confianza no obedece a una saludable práctica administrativa de mantener la continuidad de la función ejecutiva”.

Por último, cabe destacar una sentencia de la jurisdicción social dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el de 10 de marzo de 2005 (recurso núm. 765/2004), que analizó el supuesto de una contratación de personal laboral temporal para el servicio de limpieza de las dependencias municipales aprobada por un alcalde en funciones, concluyendo su adecuación a la legalidad:

“Pero en el caso de autos, ninguno de los preceptos que invoca la recurrente como infringidos impiden que el Alcalde en funciones, en su calidad de Presidente de la Corporación municipal, suscriba contratos laborales para atender de forma temporal servicios públicos necesarios de carácter permanente, como sin duda lo son los de limpieza de las dependencias municipales, tratándose, por el contrario, de un acto de administración ordinaria para el que la Corporación cesante está legalmente autorizada por el artículo 39.2 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, sobre organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales”.

4

Relación de actos prohibidos y actos permitidos para las corporaciones locales en funciones durante el período de administración ordinaria

A la vista de los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre el significado y alcance del concepto de administración ordinaria, y partiendo del listado de competencias del alcalde y el pleno que establecen, respectivamente, los artículos 21 y 22 de la LRBRL, se propone una relación de actos cuya adopción está vedada a los órganos en funciones por desbordar la mera administración ordinaria, y otra de actos que están permitidos por ser propios de la gestión cotidiana municipal. Ambos catálogos intentan ser lo más exhaustivos posible, pero la verdad es que resulta una tarea inalcanzable abarcar todos los actos que pueden dictar los entes locales:

4.1

Actos prohibidos por exceder de la administración ordinaria

a) En general

1. Acuerdos plenarios que requieran el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación.

La prohibición alcanza a los asuntos enumerados en el artículo 47.2 de la LRBRLL antes transcrito y al cual me remito. No obstante, conviene destacar los más relevantes: la delimitación del término municipal; la aprobación y modificación del reglamento orgánico; la transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones públicas; la aprobación de operaciones financieras o de crédito, cuando su importe supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto; la aprobación y modificación del planeamiento general; la alteración de la calificación jurídica de los bienes demaniales; y la cesión gratuita de bienes a otras Administraciones públicas. Como se puede observar, se trata de asuntos que, por su naturaleza y alcance, están privados a las corporaciones en funciones.

Ahora bien, esta lista de asuntos constituye un *numerus apertus*, ya que el apartado o) del precepto contiene una cláusula de cierre que remite a las restantes materias determinadas por ley. En consecuencia, habrá que tener presentes los supuestos recogidos en otras normas. En este sentido, se puede citar la elección del juez de paz y aquellos otros casos previstos en la legislación de las comunidades autónomas de régimen local (en Cataluña, por ejemplo, la delegación de competencias del pleno a la junta de gobierno y la creación del *Síndic de Greuges* como órgano complementario de la organización municipal).

b) En materia de organización

2. La creación de órganos desconcentrados y órganos complementarios.

Las decisiones de tipo organizativo trascienden el ámbito de lo ordinario, por lo que las corporaciones en funciones no pueden adoptar acuerdos de creación de nuevos órganos.

c) En materia de urbanismo

3. La aprobación o modificación de instrumentos de planeamiento de desarrollo y de convenios urbanísticos.

Del mismo modo que no se pueden adoptar acuerdos relativos al planeamiento general por exigir su aprobación mayoría absoluta, tampoco es posible hacerlo respecto al planeamiento derivado (planes parciales, planes especiales, planes de mejora urbana y estudios de detalle), ya que, si bien la aprobación del mismo no requiere dicha mayoría, lo cierto es que cualquier instrumento de planeamiento urbanístico es un acto de planificación estratégica que implica un compromiso a largo plazo y que, por consiguiente, sobrepasa la administración ordinaria.

d) En materia normativa

4. La aprobación y modificación de ordenanzas y reglamentos.

Ya hemos señalado que la doctrina y la jurisprudencia consideran que el ejercicio de la potestad reglamentaria local no es posible durante el período de administración ordinaria. La prohibición alcanza no solo a los acuerdos de aprobación definitiva, sino también a los acuerdos de aprobación inicial, pues a pesar de ser estos meros actos de trámite, pueden devenir automáticamente definitivos si no se presentan alegaciones durante la información pública.

Cuestión distinta es que durante la *prorrogatio* se produzca la aprobación definitiva automática de una ordenanza o un reglamento por transcurrir el plazo de exposición pública sin formularse reclamaciones contra el texto aprobado inicialmente. En tal caso, debe entenderse plenamente válida dicha aprobación automática, puesto que la misma no deriva de un acto administrativo, sino de la concurrencia de un hecho (el transcurso del plazo de información pública sin presentarse alegaciones) al que la ley asigna la consecuencia jurídica de la aprobación definitiva de la ordenanza.

e) En materia económica y presupuestaria

5. La aprobación y modificación del presupuesto.

El presupuesto es el instrumento de planificación económica en el que se plasman las políticas públicas del Gobierno municipal, por lo que no es posible adoptar acuerdos relativos a su aprobación o modificación.

6. La aprobación de la liquidación del presupuesto.

7. La aprobación de la cuenta general.

8. El establecimiento y la modificación de precios públicos.

9. La concertación de operaciones financieras y de crédito.

Lógicamente las operaciones de este tipo comprometen el futuro de la nueva corporación en el ámbito económico.

10. La aprobación de reconocimientos extrajudiciales de créditos.

11. La aprobación de los planes previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Durante el período de administración ordinaria no es posible la aprobación de planes económico-financieros, planes de reequilibrio, planes de ajuste y planes de saneamiento financiero, ya que se trata de instrumentos que sin duda alguna condicionan la futura gestión económica de la corporación entrante.

f) En materia de servicios públicos

12. El establecimiento de nuevos servicios y la modificación de los existentes.

Se trata esta de una decisión de alcance organizativo que se escapa del concepto de administración ordinaria.

g) En materia de personal

13. La aprobación y modificación de la plantilla de personal, la relación de puestos de trabajo, la oferta de empleo público, los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo, los convenios colectivos, los planes de empleo y otros instrumentos y medidas de racionalización de la organización y el personal.

Se trata de instrumentos con trascendencia organizativa a medio o largo plazo, lo que descarta su consideración como actos de administración ordinaria.

14. La aprobación de bases y convocatorias de procesos para la selección de personal funcionario de carrera o laboral fijo, así como de procesos de provisión de puestos de trabajo para su cobertura definitiva.

15. El nombramiento de funcionarios para la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación.

Como ya se ha indicado, la jurisprudencia no admite este tipo de nombramientos por exceder de las facultades de un gobierno en funciones.

16. El nombramiento de personal eventual y de personal directivo.

h) En materia de patrimonio

17. La adquisición y el arrendamiento de bienes inmuebles.

18. La enajenación, arrendamiento, gravamen y cesión de bienes patrimoniales.

Los actos de disposición patrimonial son claramente incompatibles con el concepto de administración ordinaria.

19. La concesión de bienes demaniales para su utilización privativa.

Ya hemos visto que la concesión de bienes por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 20 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, no se puede adoptar en administración ordinaria porque requiere mayoría absoluta. Pero fuera de este supuesto entendemos que tampoco sería posible, ya que por su duración (puede llegar a 75 años) puede condicionar el futuro de la entidad a medio o largo plazo.

i) En materia de contratación pública

La contratación es uno de los ámbitos más conflictivos a la hora de determinar si forma parte o no de la administración ordinaria, ya que, por una parte, los contratos constituyen un instrumento esencial para llevar a

cabo las actividades propias de la vida cotidiana municipal (por ejemplo, el suministro de productos o las obras de reparación), pero, por otra, existen contratos que pueden trascender el concepto de administración ordinaria (las obras de construcción de un pabellón polideportivo o la concesión del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, por ejemplo).

Como ya hemos visto, la jurisprudencia considera que los órganos en funciones no pueden adoptar actos relevantes en materia contractual. Será preciso, en consecuencia, analizar cada expediente en concreto y valorar las circunstancias concurrentes y las características del contrato (como el objeto, el valor estimado y el plazo de duración), para discernir si se puede incluir o no dentro de la esfera de la administración ordinaria.

En cualquier caso, entendemos que, por su relevancia, los siguientes actos en materia de contratación exceden de la administración ordinaria:

20. La licitación de contratos de obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación (así como la previa aprobación de los correspondientes proyectos).

Esta clase de obras son las de inversión que se financian con cargo al capítulo 6 del presupuesto. Por su carácter estratégico, quedan fuera del ámbito de la administración ordinaria.

21. La licitación de contratos de suministros financiados con cargo al capítulo 6 del presupuesto.

22. La licitación de contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

23. La prórroga de los contratos.

Las prórrogas contractuales son actos discrecionales de los órganos de contratación cuya aprobación, además, puede condicionar el futuro de la nueva corporación, por lo que, en principio y como regla general, cabe señalar que su adopción rebasa la administración ordinaria.

Pero en la otra cara de la misma moneda, puede haber supuestos en los que la no aprobación de la prórroga pueda causar un perjuicio a la corporación y al Gobierno entrante. Nuevamente habrá que estar al caso concreto y ponderar las circunstancias existentes para determinar si estamos o no ante un acto de administración ordinaria.

24. La modificación de los contratos.

Las mismas consideraciones expuestas sobre las prórrogas son igualmente válidas para las modificaciones.

25. La interpretación de los contratos.

j) En materia de fomento

26. La convocatoria de subvenciones de pública concurrencia.

Las subvenciones son sin duda un instrumento que define las políticas públicas del Gobierno municipal. Desde este punto de vista, la aprobación de su convocatoria excede de la administración ordinaria.

27. La concesión de subvenciones directas, ya sean nominativas o excepcionales, y la aprobación de sus correspondientes convenios reguladores.

El otorgamiento de este tipo de subvenciones es una decisión de pura discrecionalidad política, por lo que tampoco puede integrarse dentro del concepto de administración ordinaria.

k) En materia de expropiación forzosa

28. Los actos relativos a procedimientos de expropiación forzosa.

Aquí cabe incluir la declaración de utilidad pública o interés social, la declaración de la necesidad de la ocupación de los bienes y la determinación del justiprecio, actos todos ellos que exceden de la gestión cotidiana municipal.

l) En materia de convenios

29. La aprobación de convenios de colaboración interadministrativa con entidades de derecho público.

30. La aprobación de convenios de colaboración con entidades de derecho privado.

4.2

Actos permitidos por pertenecer a la administración ordinaria

a) En general

1. Actos que sean continuación o ejecución de otros anteriores dictados en procedimientos iniciados antes del período de administración ordinaria.

A modo de ejemplo se pueden citar la clasificación de ofertas y la adjudicación de contratos, el nombramiento y la contratación de personal, el otorgamiento de subvenciones de pública concurrencia y la formalización de convenios.

b) En materia de organización, funcionamiento y protocolo

2. Actos de representación del ayuntamiento.

El período de administración ordinaria no impide que tanto el alcalde como los concejales actúen en representación de la corporación en las entidades en las que esta sea miembro, ya sean públicas o privadas (mancomunidades, consorcios, asociaciones, fundaciones, etc.).

3. Celebración de las sesiones ordinarias de los órganos colegiados con la periodicidad preestablecida y de las sesiones extraordinarias que convoque la presidencia.

Durante el período de administración ordinaria no se altera el régimen de sesiones ordinarias de los órganos colegiados, que deberán seguir celebrándolas con la periodicidad que tengan fijada. No hacerlo supondría una vulneración del derecho fundamental de los concejales a participar en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución Española, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 22 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1987).

Tampoco está prohibida en este período la celebración de las sesiones extraordinarias que decida convocar el alcalde para tratar asuntos que no pueden esperar a la siguiente sesión ordinaria.

Por lo tanto, nada impide que el pleno y la junta de gobierno puedan celebrar sesiones durante el tiempo en que se encuentran en funciones. Ahora bien, solo podrán adoptarse, lógicamente, acuerdos relativos a la gestión ordinaria municipal, y la última sesión deberá celebrarse como máximo antes del tercer día anterior al señalado por la legislación electoral para la sesión constitutiva de los ayuntamientos, ya que este es el día fijado para realizar la sesión de aprobación del acta de la última sesión celebrada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. En consecuencia, el 14 de junio de 2023 los concejales cesantes, tanto del pleno como de la junta de gobierno, se reunirán en sesión convocada al solo efecto de aprobar el acta de la última sesión celebrada.

4. El nombramiento y cese de tenientes de alcalde y de miembros de la junta de gobierno, y el otorgamiento y la revocación de delegaciones.

Aunque es bastante improbable que en este período se produzcan cambios en la composición y las competencias del Gobierno municipal, un alcalde en funciones mantiene intactas estas potestades políticas, de modo que, si lo considera oportuno, pueda nombrar o destituir a tenientes de alcalde y miembros de la junta de gobierno o modificar el régimen de delegaciones.

5. Dictar bandos.

Los bandos son actos administrativos de carácter general dictados por el alcalde que tienen por finalidad hacer un recordatorio a la población del cumplimiento de los deberes ciudadanos contenidos en disposiciones generales o resoluciones. Carecen de valor normativo, por lo que no hay impedimento en que se dicten durante el período de administración ordinaria.

6. La celebración de matrimonios civiles.

La Junta Electoral Central, mediante Acuerdo de 5 de octubre de 2006, declaró que no existe ningún inconveniente en que el alcalde o los conce-

jales en quien delegue celebren matrimonios civiles durante el período de administración ordinaria.

7. Los actos de notificación, publicación y ejecución de los acuerdos municipales.

c) En materia de defensa de los bienes y derechos

8. El ejercicio de acciones judiciales y administrativas en defensa de los bienes y derechos de la corporación.

Deben emitirse aquellos actos que estén sometidos a plazos preclusivos y que, en caso de no adoptarse, puedan ocasionar perjuicios al ayuntamiento, como por ejemplo la interposición de recursos, la formulación de requerimientos previos, la comparecencia en recursos interpuestos contra la corporación, la presentación de alegaciones en trámites de audiencia e información pública y la contestación de requerimientos administrativos o judiciales.

También tiene cabida en este supuesto el ejercicio de las facultades de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio de los bienes municipales previstas en la normativa de patrimonio de las Administraciones públicas.

9. El planteamiento de conflictos de competencias a otras entidades locales y demás Administraciones públicas.

d) En materia de catástrofes o infortunios públicos

10. La adopción de las medidas necesarias y adecuadas en caso de catástrofes o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos.

Normalmente estas medidas se vehicularán a través de la contratación de emergencia prevista en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Este precepto faculta al órgano de contratación, cuando deba actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, para ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin obligación de tramitar expediente de contratación.

e) En materia de urbanismo

11. La aprobación de instrumentos de gestión urbanística.

Ya se ha explicado anteriormente que la jurisprudencia admite la aprobación de proyectos de urbanización y proyectos de reparcelación porque son meros actos de ejecución y gestión del planeamiento urbanístico.

12. La incoación y resolución de procedimientos de protección de la legalidad urbanística.

La potestad de protección de la legalidad urbanística es una potestad irrenunciable, reglada y de ejercicio preceptivo de acuerdo con la normativa urbanística, por lo que se incardina perfectamente dentro del concepto de administración ordinaria.

13. Órdenes de ejecución y declaraciones de ruina.

Son actos que los ayuntamientos tienen que ordenar de oficio o a instancia de cualquier persona interesada para hacer cumplir a los propietarios de terrenos sus deberes legales de uso, conservación y rehabilitación. Por lo tanto, su inclusión dentro de la gestión ordinaria no ofrece discusión.

f) En materia económica y presupuestaria

14. Los actos de gestión económica y presupuestaria.

No cabe duda de que forman parte de la administración ordinaria el reconocimiento de obligaciones derivadas de compromisos de gastos legalmente adquiridos y la ordenación de pagos (fases O y P).

La aprobación de la autorización y la disposición de gastos (fases A y D) será posible obviamente siempre que los actos administrativos de los que traigan causa sean de administración ordinaria.

g) En materia de personal

15. El nombramiento de funcionarios de carrera y la contratación de personal temporal (siempre que los correspondientes procedimientos se hayan iniciado antes del período de administración ordinaria).

16. El nombramiento de funcionarios interinos y la contratación de personal laboral temporal.

17. El nombramiento de funcionarios para la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de concurso (siempre que el correspondiente proceso se haya iniciado antes del período de administración ordinaria).

18. La incoación y resolución de procedimientos disciplinarios al personal municipal.

La potestad disciplinaria es otra potestad irrenunciable y de carácter reglado que deberá ejercerse obligatoriamente ante la comisión de cualquier infracción por el personal municipal, por lo que no hay duda sobre su pertenencia al ámbito de la administración ordinaria.

19. Los actos de gestión ordinaria del personal.

Aquí se incluyen las resoluciones de concesión de permisos y vacaciones, reconocimiento del grado personal, autorización de comisiones de servicios, declaración de situaciones administrativas, concesión de excedencias, autorización de permutas, reconocimiento de servicios previos, adscripción provisional a puestos de trabajo, reconocimiento de compatibilidades, apro-

bación de la nómina mensual y otras similares propias de la administración ordinaria del personal municipal.

h) En materia de patrimonio

20. Autorizaciones demaniales para la utilización privativa o el aprovechamiento especial de bienes de dominio público.

i) En materia de contratación pública

Ya hemos dicho en el apartado anterior que los expedientes de contratación deberán ser analizados caso por caso para decidir, en función de las circunstancias concurrentes, si pueden quedar englobados o no dentro del concepto de administración ordinaria.

En cualquier caso, consideramos que los siguientes actos en materia contractual pueden adoptarse por los órganos en funciones al formar parte de la administración ordinaria:

21. La licitación de contratos de obras que no sean de inversión, esto es, obras de reparación simple, obras de conservación y mantenimiento y obras de demolición.

22. La licitación de contratos de servicios.

Estos contratos, al financiarse con cargo al capítulo 2 (gastos corrientes en bienes y servicios) del presupuesto, no ofrecen duda de su pertenencia al ámbito de la administración ordinaria. Ahora bien, hay que tener presente que existen algunos contratos de servicios que por su trascendencia y envergadura van más allá de la administración ordinaria (pensemos, por ejemplo, en el contrato de recogida de basuras, el contrato de atención domiciliaria o el contrato de mantenimiento de las zonas verdes).

23. La licitación de contratos de suministros financiados con cargo al capítulo 2 del presupuesto.

24. La licitación de contratos privados.

25. La aprobación de contratos menores.

26. La clasificación de ofertas, la adjudicación y la formalización de los contratos (siempre que los correspondientes expedientes de contratación se hayan iniciado antes del comienzo del período de administración ordinaria).

27. La resolución de los contratos.

Los órganos de contratación deben ejercer la potestad de resolución contractual cuando concurra alguna causa de las previstas en la LCSP. Por ello, no hay inconveniente en que los órganos en funciones puedan dictar los actos propios de estos expedientes.

j) En materia de fomento

28. La solicitud, aceptación y justificación de subvenciones.

29. El otorgamiento de subvenciones de pública concurrencia (siempre que las correspondientes convocatorias se hayan aprobado antes del inicio del período de administración ordinaria).

k) En materia de licencias

30. El otorgamiento de licencias.

El tradicional carácter reglado de las licencias, previsto en la normativa y reafirmado por la jurisprudencia, conlleva que no haya dudas sobre la posibilidad de su concesión por los órganos de las corporaciones en funciones.

Por lo tanto, podrán otorgarse todo tipo de licencias (urbanísticas, ambientales, de espectáculos públicos y actividades recreativas), al ser claramente un acto de administración ordinaria.

31. Las facultades de comprobación, control e inspección en relación con las declaraciones responsables y las comunicaciones previas.

l) En materia sancionadora

32. La incoación y resolución de procedimientos sancionadores.

La potestad sancionadora es otra potestad irrenunciable, reglada y cuyo ejercicio es obligatorio desde el mismo momento en que se tiene conocimiento de una infracción.

Por lo tanto, esta potestad deberá ejercerse en todas la materias en que las corporaciones locales tengan competencias (tráfico, urbanismo, medio ambiente, actividades, salubridad pública, infracción de ordenanzas, etc.).

m) En materia tributaria

33. Los actos relativos a procedimientos tributarios.

Estamos de nuevo ante procedimientos de naturaleza reglada y de obligada tramitación para los órganos competentes de las entidades locales, aunque se encuentren en funciones.

Por lo tanto, deberán dictarse los actos que procedan en los procedimientos de gestión, liquidación, inspección y recaudación de tributos e ingresos de derecho público.

n) En materia de responsabilidad patrimonial

34. Los actos referentes a procedimientos de responsabilidad patrimonial.

ñ) En materia de revisión de actos

35. Los actos relativos a procedimientos de revisión de oficio.

La potestad de revisión de oficio es una facultad que tienen atribuida las corporaciones municipales para revisar sus actos y acuerdos cuando incurren en un vicio de invalidez o un error.

Siendo este un ámbito puramente jurídico, entendemos que no existe impedimento para que los órganos en funciones dicten los actos correspondientes de los procedimientos de revisión de oficio, declaración de lesividad, revocación y rectificación de errores.

36. La resolución de recursos administrativos.

Los actos resolutorios de recursos administrativos (alzada, reposición y extraordinario de revisión) y otras reclamaciones forman parte de la administración ordinaria, tal como ha establecido la jurisprudencia.

5

Tipo de invalidez de los actos adoptados que no sean de administración ordinaria

En caso de que los órganos de las corporaciones locales en funciones dicten actos que sobrepasen la administración ordinaria, cabe plantearse en qué tipo de invalidez incurrirían dichos actos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1991 antes citada ya se pronunció sobre esta cuestión, al establecer que un acuerdo plenario, adoptado durante el período de administración ordinaria, sobre un asunto que no requiere una mayoría cualificada, no es un acto nulo de pleno derecho, sino un acto meramente anulable, dado que la posible incompetencia del órgano en funciones no es manifiesta, al no ser evidente y depender de la interpretación que, a tal efecto, se realice del concepto jurídico indeterminado de administración ordinaria.

Por lo tanto, partiendo de esta doctrina, se puede establecer que los actos dictados por los órganos en funciones que desborden el concepto de administración ordinaria incurren en dos clases de invalidez:

- a) La nulidad de pleno derecho, respecto a los acuerdos plenarios que requieran una mayoría cualificada, por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, de acuerdo con el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Como ya sabemos, un pleno en funciones, durante el período de administración ordinaria, tiene prohibido adoptar acuerdos sobre las materias relacionadas en el artículo 47.2 de la LRBRL, que son las que requieren mayoría absoluta. Si lo hace, incurre en un vicio

de incompetencia material que determina la nulidad absoluta del acuerdo adoptado.

El mismo tipo de invalidez tendrán los acuerdos plenarios de aprobación de ordenanzas y reglamentos, ya que, a pesar de no requerir el quórum de la mayoría absoluta, el artículo 47.2 de la LPAC prevé la nulidad de pleno derecho para “las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

- b) La mera anulabilidad, respecto al resto de actos (acuerdos del pleno que no requieran mayoría absoluta y actos de los demás órganos municipales), pues en estos casos, como se ha indicado, la posible incompetencia del órgano en funciones no es palmaria, sino que depende de la interpretación que se haga del concepto de administración ordinaria en el supuesto concreto.

Estos actos viciados deberán ser purgados o convalidados, según corresponda, por los órganos competentes de las corporaciones entrantes.

La nulidad absoluta no admite convalidación, por lo que los actos nulos tendrán que ser expulsados del mundo jurídico mediante la tramitación del procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 106 de la LPAC, que requiere un dictamen previo y favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma.

Los actos anulables sí que pueden ser objeto de convalidación, de conformidad con el artículo 52 de la LPAC, pero esta no es obligatoria (el precepto dice “podrán”), de modo que en este caso pueden darse dos situaciones: que el órgano competente de la corporación entrante esté de acuerdo con el acto, o que no lo esté. Si está de acuerdo, lo podrá convalidar, subsanando así el vicio de incompetencia de que adolecía. Pero si no está de acuerdo, tendrá que revisar el acto, y aquí habrá que distinguir entre si el acto es favorable o desfavorable para el interesado, ya que el procedimiento es distinto. Si es favorable, deberá declararse lesivo para el interés público por el pleno de la corporación y ser impugnado posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 107 de la LPAC. En cambio, si es desfavorable, deberá ser objeto de revocación en virtud de lo previsto en el artículo 109.1 de la LPAC.

6

Conclusiones y recomendaciones

A la vista de los criterios doctrinales y jurisprudenciales descritos y de los catálogos propuestos, podemos concluir que el concepto de administración ordinaria está constituido por los siguientes grupos de actos:

- a) actos de administración de los asuntos cotidianos, corrientes y habituales necesarios para garantizar el normal y diario funcionamiento y mantenimiento de los servicios e instalaciones municipales y el despacho ordinario de los asuntos;
- b) actos sometidos a plazos perentorios que, en caso de no adoptarse, puedan ocasionar perjuicios al ayuntamiento;
- c) actos reglados que no comporten ámbito dispositivo, sino que deriven de los correspondientes informes técnicos y jurídicos;
- d) actos que sean continuación o ejecución de otros anteriores dictados en procedimientos iniciados antes del período de administración ordinaria;
- e) actos relativos a asuntos excepcionales y que requieran una actuación urgente.

En consecuencia, todos los actos que no tengan cabida en alguno de los grupos mencionados están vedados a los órganos en funciones de las corporaciones cesantes.

Ahora bien, al encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, será necesario efectuar un minucioso análisis caso por caso para, a la vista de las circunstancias concurrentes, determinar si el acto que se pretende dictar puede calificarse como de administración ordinaria y, por lo tanto, existe habilitación legal para su adopción.

Una labor, por cierto, que no resultará nada fácil en algunos supuestos, por lo que recomendamos ser prudentes y aplicar la lógica y el sentido común, que siempre son buenos consejeros.

7

Bibliografía

Alonso Higuera, C. (2002). *Manual del Secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal* (tomo I, pp. 283-296). Madrid: Atelier.

Chacón Ortega, L. y Cortés Sánchez, C. (2002). *Manual de Procedimiento y Formularios de Organización Municipal, Potestad Reglamentaria y Régimen Jurídico para Ayuntamientos* (pp. 97-100). Barcelona: Bayer Hnos.

- Dávila Ribas, M.^a T. (2016). La administración ordinaria o en funciones de los miembros corporativos. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 4.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R. (1999). *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I, pp. 451-457). Madrid: Civitas.
- Mestre Delgado, J. y Martínez Rivero, Á. (2019). La potestad normativa de las entidades locales durante el período de “administración ordinaria” tras la celebración de las elecciones municipales. *La Administración al Día*. Instituto Nacional de Administración Pública. Disponible en: <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509612>.
- Obiols Suarí, J. L. (2019). La Administración en funciones de las Corporaciones Locales tras la finalización del mandato. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2.
- Pozo Bouzas, E. y Javaloyes Ducha, M. (2015). El cese de las Corporaciones Locales; limitaciones propias del periodo de administración ordinaria tras el proceso electoral. *Revista de Derecho Local*, 29.
- Sánchez Moretón, F. (2011). El término de duración del mandato, nueva constitución y estructuración de los Ayuntamientos con motivo de la celebración de las elecciones locales de mayo de 2011. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 10.

A stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous branches, each ending in a cluster of oval-shaped leaves. The background is a light blue gradient.

QDL62

**CRÓNICA
JURISPRUDENCIAL**

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de enero a 30 de abril de 2023)*

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

*Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
(Sala Tercera).*

*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Zaragoza*

1. Introducción

2. Régimen local y cuestiones generales del procedimiento administrativo

- 2.1. Posibilidad de intervención de personas o entidades externas a la Administración en la gestión y tramitación de procedimientos administrativos
- 2.2. Régimen jurídico de los servicios VTC. Limitaciones a estos servicios
- 2.3. Recurribilidad del acto de apercibimiento en el inicio del procedimiento de ejecución forzosa
- 2.4. Garantía de permanencia en el centro de trabajo del artículo 74.3 LBRL y su posible aplicación a un concejal sin dedicación exclusiva
- 2.5. Jurisdicción competente para conocer la validez de la orden por la que se establecen servicios esenciales en caso de huelga
- 2.6. Procedimiento administrativo. Ausencia de pie de recurso en notificación administrativa dirigida a otra Administración
- 2.7. Limitaciones impuestas a la comercialización de viviendas turísticas impuestas por la planificación municipal
- 2.8. Revocación y caducidad del procedimiento sancionador
- 2.9. Ausencia de informe municipal de situación de riesgo de exclusión residencial respecto a la posibilidad de que una empresa suministradora proceda al corte del suministro de gas

3. Urbanismo y medio ambiente

- 3.1. Sentido del silencio de la Administración ante una solicitud de información ambiental al amparo del artículo 10 de la Ley 27/2006

*. Crónica realizada sobre la base de las sentencias publicadas en el fondo documental del CENDOJ a fecha de 31 de mayo de 2023. En caso de existir algún pronunciamiento de interés, correspondiente a los últimos días de abril de 2023, que no haya sido publicado a la fecha de entrega de esta crónica, se incorporará a la crónica del próximo número de la revista.

- 3.2. Urbanismo. Impugnación indirecta de un plan urbanístico
 - 3.3. Urbanismo. Inaplicación de los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo común en la elaboración de los instrumentos de planificación urbanística
 - 3.4. Principio de no regresión en materia de protección ambiental ante la modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico
- 4. Tributos**
- 4.1. Falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando se recurre en sede judicial un acto administrativo presunto
 - 4.2. Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Legitimación para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria
 - 4.3. IBI. Aplicabilidad de la legislación de transparencia en materia tributaria
 - 4.4. Posibilidad de una aplicación extensiva del hecho imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras
 - 4.5. Impuesto sobre bienes inmuebles. Usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones
- 5. Empleo público**
- 5.1. Derecho de los empleados públicos a la defensa jurídica en procedimientos iniciados como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones
 - 5.2. Cómputo del tiempo en situación de excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo
 - 5.3. La excedencia voluntaria por interés particular, prevista en el artículo 89.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta de aplicación a los funcionarios interinos
 - 5.4. Posibilidad de que un funcionario de la policía local o autonómica, proveniente de otra comunidad autónoma, concurra en la provisión de plazas de policía local mediante movilidad interadministrativa
 - 5.5. Seguridad jurídica y confianza legítima ante la atribución de plaza de un aspirante nombrado funcionario a otro aspirante distinto por irregularidades en el proceso selectivo
 - 5.6. De nuevo, buena fe y confianza legítima ante la anulación de un proceso selectivo
 - 5.7. Empleo público. Compatibilidades y complemento específico. Interpretación del art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

- 5.8. Empleo público. Reducción de jornada a funcionarios de corporaciones locales. Disminución de retribuciones
 - 5.9. Empleo público. Condiciones para la concesión del permiso por cuidado de hijo menor
- 6. Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia, contratos del sector público)**
- 6.1. Subvenciones. Procedimiento de reintegro. Posibilidad de incoación de un nuevo procedimiento tras la terminación del primero
 - 6.2. Contratos del sector público. Condiciones para la inclusión de la cuota del IVA para el cálculo de los intereses de demora por retraso de la Administración en el pago
 - 6.3. Subvenciones. Plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro

1 Introducción

En la presente crónica se ha tratado de compilar, con vocación sistemática, la principal doctrina jurisprudencial emanada de las distintas secciones de Enjuiciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa al régimen jurídico y de funcionamiento de las entidades locales. Por ello, además de incluirse los principales pronunciamientos en los que, por estrictos motivos subjetivos, se hallan implicadas entidades locales (en los que, por lo común, se interpretan, directamente, aspectos del régimen jurídico local), también se incluye el análisis de otras sentencias que fijan doctrina jurisprudencial en materias generales que afectan a la praxis administrativa habitual de las entidades locales, ya sea en materia de contratos del sector público, ya en materia tributaria, en empleo público, urbanismo, procedimiento administrativo, o en la actividad subvencional, entre otras. La crónica se presenta, por tanto, estructurada en epígrafes que agrupan pronunciamientos del Tribunal Supremo sistematizados por razón de la materia, enunciándose cada uno estos pronunciamientos con un título-resumen representativo de su contenido, sus antecedentes fácticos, la cuestión de interés casacional planteada, la normativa interpretada y, finalmente, la doctrina jurisprudencial que se fija en respuesta a la cuestión suscitada.

2

Régimen local y cuestiones generales del procedimiento administrativo

2.1

Posibilidad de intervención de personas o entidades externas a la Administración en la gestión y tramitación de procedimientos administrativos

En la sentencia de 21 de marzo de 2023 (rec. 8778/2021, ponente Diego Córdoba Castroverde) se responde, al hilo de la interpretación del artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, a una muy relevante cuestión de interés casacional, que la Sala entiende como “estrictamente teórica”, y que se centra en si la participación de funcionarios públicos en expedientes administrativos debe exigirse únicamente en el ámbito sancionador o, por el contrario, siempre que se ejerzan potestades públicas.

En este sentido, se precisa que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia estriba en aclarar “si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración; en particular y en este caso, una sociedad mercantil (INECO)”.

La respuesta alcanzada por la Sala –con voto particular discrepante de Eduardo Calvo Rojas– a la cuestión de interés casacional objetivo planteada por el auto de admisión, es la siguiente: “en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración. Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento”.

2.2

Régimen jurídico de los servicios VTC. Limitaciones a estos servicios

En la sentencia de 15 de febrero de 2023 (rec. 7617/2021, ponente Eduardo Espín Templado) se plantea una interesante cuestión de interés casacional al hilo del controvertido asunto del régimen jurídico y regulación aplicable a los servicios VTC, en el caso concreto, sobre las condiciones establecidas por la normativa vasca para impedir la contratación de estos servicios directamente en la calle. En este sentido, la cuestión, resuelta por un nutrido conjunto de sentencias (entre otros, recursos 6718/2021, 7152/2021 y 8337/2021), consiste en aclarar “si el establecimiento en la normativa autónoma (para el caso de los servicios VTC) de una antelación mínima (de, al menos, 30 minutos) desde el momento en que se realiza la solicitud y cumplimentación del contrato del servicio hasta que se produce la prestación efectiva de dicho servicio, así como de una medida de restricción de geolocalización con carácter previo a su contratación, se halla justificado y resulta compatible con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), a la luz del artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado y de la STS n.º 921/2018, de 4 de junio; así como de la doctrina constitucional sentada, entre otras, en las SSTC 35/2016, de 6 de marzo; 111/2017, de 5 de octubre y 112/2021, de 13 de mayo”.

La Sala, confirmando la doctrina jurisprudencial ya sentada en la precedente sentencia de 13 de febrero de 2023 (recurso 6718/2021), responde a la cuestión de interés casacional objetivo determinando que “[e]l establecimiento en la norma autonómica de los límites consistentes en que los servicios de VTC tengan que ser contratados con una antelación mínima de 30 minutos antes de prestarse y la prohibición de geolocalización de los vehículos previa a su contratación, no se consideran compatibles con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española), ni supera el canon de necesidad, adecuación y proporcionalidad exigido por el artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.” (fundamentos de derecho segundo a sexto).”

2.3

Recurribilidad del acto de apercibimiento en el inicio del procedimiento de ejecución forzosa

La sentencia de 9 de febrero de 2023 (rec. 2514/2022, ponente Inés Huerta Garicano) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS interpreta los arts. 95 y 107.1 de la Ley 30/1992 (equivalentes a los vigentes artí-

culos 99 y 112.1 de la Ley 39/2015), fijando doctrina jurisprudencial respecto a la naturaleza jurídica del acto de apercibimiento en el procedimiento de ejecución forzosa.

Se responde, de este modo, a la cuestión de interés casacional objetivo que se formulaba en el auto de admisión bajo el siguiente tenor literal: “si el requerimiento previo relativo a la ejecución forzosa de un acto administrativo por el que se concede plazo para cumplir con una obligación de restitución con apercibimiento de ejecución forzosa multas coercitivas- es o no un acto de trámite cualificado a efectos de posibilitar su recurribilidad”.

En el auto de admisión del asunto se identificaron como normas jurídicas objeto de interpretación “los artículos 95 y 107.1 de la Ley 30/1992, siendo los preceptos equivalentes, actualmente vigentes, los artículos 99 y 112.1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y artículos 25.1 y 28 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

El Tribunal desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, y establece como doctrina jurisprudencial en respuesta a la cuestión de interés casacional la siguiente:

1º) El apercibimiento (debidamente notificado al obligado), junto con el título ejecutivo (resolución administrativa definitiva que impone la obligación a ejecutar), es un presupuesto inexcusable para el inicio del procedimiento de ejecución forzosa. 2º) Como acto iniciador de un procedimiento, en principio, es un acto de trámite insusceptible de recurso autónomo, salvo que genere indefensión o prejuicios de difícil reparabilidad, lo que facultará a su impugnación siempre y cuando los motivos del recurso vayan referidos única y exclusivamente al procedimiento de ejecución forzosa, sin posibilidad de cuestionar la resolución administrativa que se trata de ejecutar”.

2.4

Garantía de permanencia en el centro de trabajo del artículo 74.3 LBRL y su posible aplicación a un concejal sin dedicación exclusiva

La sentencia de 12 de enero de 2023 (rec. 4839/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS interpreta si la garantía de permanencia en el centro o centros de trabajo –en el caso juzgado, públicos– que prevé el artículo 74.3 de la LBRL es aplicable a quien es concejal sin dedicación exclusiva ni remuneración y desempeña una plaza vacante como funcionario interino o personal estatutario médico interino. Esta

circunstancia podría implicar que, de resolverse afirmativamente tal cuestión, no pudiese sacarse a concurso de traslado entre funcionarios de carrera o personal estatutario fijo la plaza que ocupa el interino elegido concejal y mientras que desempeñe ese cargo sin dedicación exclusiva.

No obstante, la Sala, en respuesta a la citada cuestión de interés casacional, concluye que “la garantía de la función representativa que prevé el artículo 74.3 de la LRBRL en principio puede ser aplicada a los funcionarios interinos o al personal estatutario interino, si bien no puede ser obstáculo para que la Administración ponga fin a su relación de servicios bien por amortización de la plaza o bien por cobertura mediante funcionarios de carrera o personal estatutario fijo”.

2.5

Jurisdicción competente para conocer la validez de la orden por la que se establecen servicios esenciales en caso de huelga

En la sentencia de 16 de febrero de 2023 (rec. 7222/2020, ponente Celsa Pico Lorenzo) se plantea una relevante cuestión de interés casacional por la que se trata de dilucidar cuál es la jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales en caso de huelga. La cuestión de interés casacional se plantea en los siguientes términos literales, consistiendo en la “determinación de la jurisdicción competente (social o contencioso administrativo) para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga”.

A estos efectos, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los “artículos 2.f) y 3.d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”.

La Sala estima el recurso de casación y en respuesta a la cuestión de interés casacional fija como doctrina jurisprudencial “que la jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga es la contencioso administrativa”.

2.6

Procedimiento administrativo. Ausencia de pie de recurso en notificación administrativa dirigida a otra Administración

La sentencia de 21 de febrero de 2023 (rec. 4279/2021, ponente José María del Riego Valledor) resuelve la cuestión que presenta interés casacional ob-

jetivo para la formación de jurisprudencia consistente en la interpretación del artículo 20, apartados 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a fin de determinar “las consecuencias, en relación con la determinación de los plazos para la interposición de recursos administrativos o judiciales, de la omisión en una notificación de una resolución administrativa de la indicación de si la misma pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos y, en concreto, si los efectos son los mismos en atención a que el destinatario sea un particular (persona física o jurídica) o una Administración Pública”.

La Sala, tras una interesantísima fundamentación, en la que repasa el régimen jurídico de las notificaciones administrativas y los criterios jurisprudenciales del TS y TC, sobre todo desde la perspectiva del artículo 24 CE, alcanza como conclusión la siguiente:

“[...] los requisitos de indicación de recursos del artículo 40.2 de la LPA-CAP son exigibles en todas las notificaciones, cualquiera que sea su destinatario, si bien, a la hora de determinar las consecuencias de la omisión de la indicación de recursos, no es irrazonable ni ilógico reconocer que las Administraciones Públicas se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos, por lo que habrá de estarse a la situación de indefensión que la falta de indicación de recursos ocasione a la Administración Pública de que se trate, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso”.

2.7

Limitaciones impuestas a la comercialización de viviendas turísticas impuestas por la planificación municipal

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes, la sentencia de 31 de enero de 2023 (rec. 8318/2021, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) valora la validez de la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas (ETV) de uso residencial realizada en el municipio de Palma a la luz de la Directiva de Servicios.

En este sentido, la cuestión de interés casacional consiste en lo siguiente:

“[...] determinar si la disposición impugnada, en tanto puede suponer una limitación o restricción a la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial (ETH), resulta conforme o no a los principios de proporcionalidad y necesidad ínsitos a las “imperiosas razones de interés general” definidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior”.

Dando respuesta a dicha cuestión, la Sala confirma su doctrina jurisprudencial, conformada en la STS 75/2021, de 26 de enero (RCA 8090/2019), siguiendo la anterior STS 1550/2020, de 19 de noviembre (RCA 5958/2019), en línea con la citada STJUE de 22 de septiembre de 2020, estimando el recurso de casación y anulando la sentencia impugnada, en cuanto que “los razonamientos de la sentencia recurrida pueden ser acertados, pero en la medida que eluden las consideraciones de la legislación autonómica de aplicación, sin plantear, en su caso, con carácter previo dudas de prejudicialidad por desconformidad con las Directivas europeas o de inconstitucionalidad sobre la misma, no podemos confirmarla y debemos estimar el recurso de casación del Ayuntamiento de Palma, casar la sentencia de instancia y rechazar el recurso contencioso-administrativo de Hatur Balears”.

2.8

Revocación y caducidad del procedimiento sancionador

En la sentencia de 27 de marzo de 2023 (rec. 8885/2021, ponente Ángeles Huet de Sande) se plantea una cuestión de interés casacional que viene a incidir en las posibilidades del ejercicio de la potestad de revocación en el ámbito del procedimiento sancionador. En concreto, la cuestión de interés casacional que se plantea consiste en “determinar si puede la Administración invocar la potestad de revocación del art. 109 de la Ley 39/2015, para declarar la caducidad de un procedimiento sancionador en el curso del procedimiento judicial seguido contra la misma resolución sancionadora”.

La respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteada se sustenta en unos muy interesantes fundamentos, que llevan a la Sala a apartarse del precedente jurisprudencial que constituía la sentencia de 23 de febrero de 2010 (rec. 5538/06), en la que se sostenía que no era posible que la Administración declarara la caducidad de un procedimiento sancionador en el que ya había recaído resolución expresa jurisdiccionalmente impugnada, rechazando así que pudiera atribuirse eficacia revocatoria implícita a tal declaración de caducidad. De esta forma, la Sala fija una nueva doctrina

jurisprudencial en la que se responde positivamente a la cuestión de interés casacional planteada y se concluye lo siguiente:

“[...] la Administración puede invocar la potestad de revocación del art. 109 de la Ley 39/2015, para declarar la caducidad de un procedimiento sancionador en el curso del procedimiento judicial seguido contra la misma resolución sancionadora, siempre que la ejerza dentro de los términos que legalmente configuran dicha potestad”.

2.9

Ausencia de informe municipal de situación de riesgo de exclusión residencial respecto a la posibilidad de que una empresa suministradora proceda al corte del suministro de gas

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes (SSTS de 21 de julio de 2022 [recursos de casación 2527/2021 y 2550/2021] y de 7 de julio de 2022 [recurso de casación 1240/2021]), en la sentencia de 28 de abril de 2023 (rec. 7426/2021, ponente Celsa Pico Lorenzo) se fija una interesante doctrina jurisprudencial como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar “si la falta de emisión del informe previsto en los arts. 6.4 y 9.4 de la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, destinado a determinar si una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social, supone la concurrencia de un supuesto de inactividad administrativa del art. 29.1 LJCA o, si por el contrario, se trata de un supuesto de silencio administrativo”.

La Sala, reafirmando su jurisprudencia anterior respecto a los efectos de la ausencia de informe municipal de situación de riesgo de exclusión residencial, concluye que “el artículo 9 de la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, no contempla un supuesto de silencio administrativo. Problema distinto es si la emisión del informe previsto en la normativa autonómica es una prestación a efectos del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A este respecto, dado que se trata de un precepto autonómico y que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado sobre su significado y alcance, con pleno respeto a las exigencias dimanantes de la Constitución y de la legislación básica del Estado en la materia, esta Sala nada tiene que añadir a lo dicho en la sentencia de apelación”.

3

Urbanismo y medio ambiente

3.1

Sentido del silencio de la Administración ante una solicitud de información ambiental al amparo del artículo 10 de la Ley 27/2006

El TS se pronuncia, en su sentencia de 9 de enero de 2023 (rec. 1509/2022, ponente Fernando Román García), dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en “reafirmar, reforzar, complementar, y, en su caso, matizar o rectificar, nuestra jurisprudencia sobre el sentido del silencio de la Administración frente al requerimiento de información ambiental al amparo del artículo 10 de la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente”.

Y, a tal efecto, el auto de admisión del recurso identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación “[...] los artículos 10, apartado segundo, de la Ley 27/2006 de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, 3 y 4 de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, la Disposición Adicional Primera, apartados 2 y 3, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y los artículos 9, 45 y 105.b) de la Constitución Española”.

La Sala, tras una detallada fundamentación, concluye que “el silencio de la Administración ante una solicitud de información medioambiental realizada al amparo de la Ley 27/2006, formulada tras la entrada en vigor de la Ley 19/2013, debe ser interpretado en sentido negativo”.

3.2

Urbanismo. Impugnación indirecta de un plan urbanístico

La sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 1107/2022, ponente Inés Huerta Garicano) resuelve una cuestión de interés casacional en la que se solicita al TS la interpretación del artículo 26.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en lo que se refiere a las posibilidades de impugnación

indirecta de un instrumento de planificación urbanística. De esta forma, la cuestión suscitada en el auto de admisión consiste en “reafirmar, reforzar y en su caso, complementar nuestra jurisprudencia sobre la impugnación indirecta de disposiciones generales, y en particular, si es posible la impugnación indirecta de un plan general de ordenación urbana con motivo de la impugnación directa de un acto de aplicación de aquel, en atención a una supuesta extralimitación de su ámbito material regulatorio”.

La Sala, tras entender que la respuesta sobre el fondo de la cuestión le llevaría a interpretación sustantiva del derecho autonómico urbanístico, declara lo siguiente:

“[d]el tenor literal del art. 26 LJCA en relación con el art. 18.3 del P.O. de Candelaria, y 32 Decreto-Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, declaramos que, a falta de previsión específica, la elección del instrumento normativo –Plan General de Ordenación Municipal u Ordenanza– para la regulación, dentro de las Condiciones medioambientales, del uso de las redes de saneamiento, prohibiendo el vertido directo o indirecto de las sustancias que sobrepasen los valores máximos que se establecen, declaramos que la mera elección del vehículo normativo, sin que afecte a la competencia material del órgano que la dicta, es una cuestión formal que no puede ser impugnada indirectamente a través de la impugnación directa de un acto de aplicación”.

3.3

Urbanismo. Inaplicación de los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo común en la elaboración de los instrumentos de planificación urbanística

El TS se pronuncia, en su sentencia de 6 de febrero de 2023 (rec. 1337/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy), dando respuesta a una importante cuestión de interés casacional objetivo relativa a cuáles son los trámites aplicables al procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico, y si resulta exigible la aplicación a este procedimiento de la legislación estatal reguladora del Procedimiento Administrativo Común. De esta forma, la cuestión que se plantea consiste en determinar si “en la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico –jurisprudencialmente considerados disposiciones de carácter general– es aplicable el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

Tras una minuciosa argumentación al hilo de la normativa aplicable, en la que la Sala afirma que, “en el ámbito urbanístico, la legislación sectorial, ahora competencia de las Comunidades Autónomas, contempla una normativa que regula pormenorizadamente la materia, de tal forma que la regulación de un procedimiento específico para la aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de ordenación comporta la no aplicación de la normativa general de aprobación de las disposiciones generales”, se concluye, como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, lo siguiente:

“[...] no rigen en la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística la normativa contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para el procedimiento de aprobación de las disposiciones reglamentarias, sin perjuicio de que pudiera establecerse remisión expresa en la normativa autonómica”.

3.4

Principio de no regresión en materia de protección ambiental ante la modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico

El TS, en su sentencia de 22 de marzo de 2023 (rec. 1451/2022, ponente Inés Huerta Garicano), resuelve la cuestión que presenta interés casacional en este recurso consistente en determinar “si la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental”.

Para la respuesta de esta cuestión, el auto de admisión del recurso estima que serán objeto de interpretación los “artículos 45 de la CE, y 3, 4, 5.e), 7 y 22.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana”.

Como premisa fundamental en su argumentación, la Sala considera que si “la modificación del Plan comporta una vulneración del principio de no regresión es una cuestión fáctica y casuística, lo que, a nuestro juicio, impide un pronunciamiento general. El principio de no regresión en materia medioambiental en el planeamiento urbanístico, lo relevante es que comporte de facto y en la realidad sobre la que opera dicha medida, una menor protección o total desprotección, con independencia y al margen de que afecte –o no– a la clasificación o calificación del suelo sobre el que incide la norma”.

Por ello, responde a la cuestión de interés casacional planteada sin ofrecer una doctrina general, al concluir “que la regresión en materia de medio ambiente en la planificación urbanística es una cuestión fáctica, que puede llevarse a cabo sin que para ello sea requisito o condición una alteración de la calificación o de los usos urbanísticos”.

4

Tributos

4.1

Falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando se recurre en sede judicial un acto administrativo presunto

En la sentencia de 7 de marzo de 2023 (rec. 3069/2021, ponente Francisco José Navarro Sanchís), las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en determinar “si procede declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por falta de agotamiento de la vía administrativa ex artículo 69.b), en relación con el 25.1 LJCA, cuando el objeto del mismo fuera una resolución presunta, al no haber dictado acto expreso la administración en el plazo previsto en la normativa de aplicación y, en particular, cuando se impugne una desestimación presunta de una solicitud de ingresos indebidos instada frente a una entidad local sobre la que no se hubiera agotado la vía previa, al no haberse impugnado en la vía económico-administrativa local. Aclarar qué conducta resulta exigible al recurrente que ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de una solicitud de devolución de ingresos indebidos, en caso de que la administración dicte resolución expresa una vez iniciadas las actuaciones judiciales en la que se indique que la misma no pone fin a la vía administrativa. En particular, si está obligado a desistir del recurso contencioso-administrativo y agotar la vía administrativa con la interposición del recurso procedente [...]”.

Recuerda el TS que, sobre la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión, existe ya una copiosa jurisprudencia con fundamento en el artículo 24.1 CE, garantizador de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. En atención a la misma, fija la siguiente jurisprudencia:

“1) No procede declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo, por falta de agotamiento de la vía administrativa previa, conforme a lo declarado en los artículos 69.c), en relación con el

25.1 LJCA, en aquellos casos en que el acto impugnado fuera una desestimación presunta, por silencio administrativo, ya que, por su propia naturaleza, se trata de una mera ficción de acto que no incorpora información alguna sobre el régimen de recursos. 2) En tal sentido, la Administración no puede obtener ventaja de sus propios incumplimientos ni invocar, en relación con un acto derivado de su propio silencio, la omisión del recurso administrativo debido. 3) Ordenar, en un recurso de casación, que se conceda a la Administración una nueva oportunidad de pronunciarse, en un recurso administrativo, sobre la procedencia de una solicitud formulada en su día y no contestada explícitamente, supondría una dilación indebida del proceso prohibida por el art. 24 CE y una práctica contraria al principio de buena administración, máxime cuando el asunto ya ha sido examinado, en doble instancia, por tribunales de justicia. 4) El agotamiento de una vía previa de recurso, aun siendo preceptiva, cuando ya no sería, en este caso, previa, para demorar aún más el acceso a la jurisdicción en que ya se encuentra el propio interesado, que ha obtenido respuesta judicial, no sería sino un acto sin sentido o finalidad procesal alguna y generador de (más) dilaciones indebidas. 5) No hay un derecho subjetivo incondicional de la Administración al silencio, sino una facultad reglada de resolver sobre el fondo los recursos administrativos, cuando fueran dirigidos frente a actos presuntos como consecuencia del silencio por persistente falta de decisión, que no es, por lo demás, una alternativa legítima a la respuesta formal, tempestiva y explícita que debe darse, sino una actitud contraria al principio de buena administración”.

4.2

Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana. Legitimación para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria

La sentencia, de 18 de abril de 2023 (rec. 2309/2021, ponente Francisco José Navarro Sanchís), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar si, “quien resulta obligado al pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo, se encuentra legitimado para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y para solicitar la devolución del eventual ingreso indebido derivado de aquella”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“1) El obligado al pago del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en virtud de pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo se encuentra legitimado para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y la devolución del eventual ingreso indebido derivado de aquélla, por ser incompatible la falta de legitimación administrativa con la judicial, necesariamente unida a la previa, reconocida por nuestra jurisprudencia.

2) La STC nº 182/2021 ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL que ‘... supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad’. El impuesto es, pues, inexistente y así debió declararlo el Ayuntamiento de Madrid, incluso de oficio”.

4.3

IBI. Aplicabilidad de la legislación de transparencia en materia tributaria

La sentencia, de 24 de febrero de 2023 (rec. 7678/2021, ponente Eduardo Espín Templado), responde a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, relativa a la aplicación de la legislación de transparencia en materia tributaria, consistente en “interpretar la Disposición adicional primera, apartado segundo, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en relación con los artículos 93, 94 y 95 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a fin de determinar si los citados preceptos constituyen, o no, un régimen jurídico específico de acceso a la información que excluya la aplicación de la Ley de transparencia (en relación con una solicitud de acceso a la información de los inmuebles exentos de IBI)”.

Como respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, la Sala concluye que “[l]a Ley General Tributaria ha de interpretarse en el conjunto del ordenamiento jurídico y a la luz de las nuevas garantías introducidas en la Ley 19/2013, de Transparencia, lo que lleva a concluir que su regulación no excluye ni prevé la posibilidad de que se pueda recabar información a la Administración Tributaria sobre determinados elementos con contenido tributario, al ser de aplicación la Disposición Adicional Primera de la Ley de

Transparencia, como sucede en los supuestos en el que la información no entra en colisión con la el derecho a la intimidad de los particulares –a los que se reconoce el derecho a la limitación de acceso en et artículo 34 de la propia Ley General Tributaria–, o cuando, los datos que obran en poder de la Administración pueden ser necesarios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos, o puedan estar informados de la actuación pública, información que ha de ajustarse a los límites que la propia Ley de Transparencia establece en su artículo 14 y a la protección de datos del artículo 15. Lo anteriormente expuesto nos lleva a afirmar que no se contiene en la Ley General Tributaria un régimen completo y autónomo de acceso a la información, y sí un principio o regla general de reserva de los datos con relevancia tributaria como garantía del derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos (art 18 CE). Por ende, las específicas previsiones de la LGT sobre confidencialidad de los datos tributarios no desplazan ni hacen inaplicable el régimen de acceso que se diseña en la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno (Disposición Adicional Primera)”.

4.4

Posibilidad de una aplicación extensiva del hecho imponible del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras

En la sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 8312/2019, ponente Francisco José Navarro Sanchís) se plantea una cuestión de interés casacional consistente en lo siguiente:

“[...] Determinar si la autorización administrativa autonómica a la que se refiere el apartado 4 del artículo 6-bis de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, puede considerarse equivalente o sustituir a la licencia de obras o urbanística a las que se refiere el artículo 100 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a los efectos de conformar el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras [...]”.

Como respuesta a la misma, la Sala concluye que “merece una inequívoca respuesta determinante de la nulidad de la liquidación impugnada en la instancia, toda vez que se ha gravado con el citado impuesto –ICIO– un hecho ajeno a los taxativamente regulados en el mencionado artículo 100. La interpretación extensiva del hecho imponible, mediante el gravamen de un hecho ajeno a la tipificación que recoge el art. 100.1 TRLHL, al establecerse que las obras o instalaciones sometidas a una autorización autonómica

de instalación, actividad o funcionamiento, deben quedar incluidas en el ámbito objetivo de ese precepto, es indebida y está aquejada de inconstitucionalidad, conforme ha establecido al respecto el Tribunal Constitucional en respuesta al auto de planteamiento de cuestión, promovido por esta Sala. En consecuencia, la liquidación municipal impugnada en la instancia es nula, como también lo son las dos sentencias de instancia y apelación, al haberse gravado por el ICIO un hecho imponible definido en una norma autonómica, declarada inconstitucional por el TC”.

4.5

Impuesto sobre bienes inmuebles. Usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones

La sentencia de 31 de enero de 2023 (rec. 2265/2021, ponente Francisco José Navarro Sanchís) resuelve el recurso deducido por el Ayuntamiento de Madrid contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Se plantean, como cuestiones de interés casacional para la formación de jurisprudencia:

“Determinar cuáles son los usos establecidos en la normativa catastral para la valoración de las construcciones a los que, conforme al artículo 72.4 y la Disposición Transitoria Decimoquinta del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas, puede aplicarse el tipo de gravamen diferenciado del Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Aclarar si a los garajes y trasteros que se ubiquen en edificios de uso residencial, así como los edificios destinados exclusivamente a garajes y estacionamientos, que tengan asignado en el catastro el uso de almacén estacionamiento, les resulta aplicable el tipo de gravamen diferenciado del Impuesto sobre Bienes Inmuebles”.

La Sala, tras una exhaustiva argumentación, resuelve ambas cuestiones interpretativas en los siguientes términos:

“– Los artículos 72.4 y disposición transitoria 15ª TRLHL deben ser interpretados en el sentido de que los usos de los bienes inmuebles que habilitan la imposición de un tipo de gravamen agravado o cualificado, en las condiciones y con los límites de la primera de las normas citadas, son los que indica la mencionada transitoria, por la remisión expresa que efectúa al cuadro de coeficientes del valor de las construcciones, sin que por tanto sea admisible respecto de usos combinados o de se-

gundo y sucesivos grados distintos de los que figuran en la columna denominada usos en el referido cuadro.

– El artículo 8.3 de la ordenanza impugnada por vía indirecta es nulo, como acertadamente declara la Sala sentenciadora, que debe ordenar la publicación de su fallo a efectos de eficacia erga omnes de la anulación (art. 72.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción)”.

5

Empleo público

5.1

Derecho de los empleados públicos a la defensa jurídica en procedimientos iniciados como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones

En la sentencia de 6 de febrero de 2023 (rec. 5318/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) se plantea dar solución a un aspecto procedimental administrativo sobre cuáles son los requisitos y la forma para ejercer el derecho a la asistencia o defensa jurídica ex artículo 14.f) del EBEP, y, en especial, si en todo caso es necesaria la previa solicitud del funcionario o cabe eximirle de la carga de solicitarlo cuando haya conflicto de intereses con la Administración.

La sentencia perfila el régimen jurídico para el ejercicio y la consecución de este derecho de los empleados públicos, concluyendo que la satisfacción de ese derecho implicará para la Administración “asumir el coste de la asistencia procesal, luego debe valorar si el proceso judicial en el que está incurso el funcionario obedece al ejercicio de sus funciones, que ese ejercicio haya sido legítimo y que no haya conflicto de intereses con la propia Administración. Esto hace que el del artículo 14.f) del EBEP sea un derecho individual cuya satisfacción depende de la iniciativa del funcionario: en su mano está ejercerlo o no, luego que asuma la carga formal de instarlo. Y forma parte de este derecho que el funcionario opte por acudir a profesionales de su elección, en cuyo caso la Administración debe autorizarla, para apreciar la concurrencia de los requisitos expuestos y valorar el coste. Lo dicho opera con normalidad en caso de procesos judiciales en trámite, que es lo ordinario pues tal derecho se ejerce respecto de los ‘procedimientos que se sigan’. Pero la lógica del artículo 14.f) del EBEP rige también para procesos judiciales concluidos y, obviamente, de manera favorable para el funcionario. Si ese es el caso va de suyo que en su momento lo comunicó a la Administración, que lo autorizó, o lo solicitó y se le denegó porque la Ad-

ministración entendió que, indiciariamente, no concurría el presupuesto del artículo 14.f) o que había conflicto de intereses”.

Siguiendo estos razonamientos, la Sala da respuesta a la segunda parte de la cuestión de interés casacional, estableciendo que “en caso de conflicto de intereses también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad. La razón es que seguimos en la lógica del artículo 14.f) del EBEP y las exigencias formales de su ejercicio están vinculadas a las sustantivas. Y esto es así aun cuando al inicio de las actuaciones no fuese claro que hubiere conflicto de intereses: la Administración debe tener la posibilidad de apreciarlo siquiera indiciariamente para rechazar la asistencia y llegado el caso, si la hubiese asumido, abandonarla”.

5.2

Cómputo del tiempo en situación de excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo

La sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 7061/2020, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva) resuelve una cuestión de interés casacional en la que el TS perfila el régimen jurídico aplicable a la situación administrativa de excedencia por cuidado de hijos.

De esta forma, en el auto de admisión del recurso se precisa que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar “si debe computarse el tiempo en la excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo y si, en caso afirmativo, ese tiempo puede o debe computarse en los procesos selectivos de ingreso a la función pública o exclusivamente en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo”.

Identifica como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en “los artículos 14 y 23 de la Constitución española; 56 y 57 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, y 46.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala confirma su doctrina jurisprudencial fijada previamente en la STS 1738/2022, de 22 de diciembre (casación n.º 4747/2020), concluyendo que el artículo 89.4 del Estatuto

Básico del Empleado Público ha de entenderse a la luz de los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica 3/2007 y de la cláusula 5.2 de la Directiva 2010/18/CE, con la consecuencia de considerar que la situación de excedencia por cuidado de hijos ha de equivaler a la de servicio activo. De esta forma, estima la Sala lo siguiente:

“[...] el tiempo en excedencia por cuidado de hijos debe contar como tiempo de trabajo efectivo y computarse tanto en los procesos selectivos de ingreso en la función pública cuanto en los de provisión de puestos de trabajo”.

5.3

La excedencia voluntaria por interés particular, prevista en el artículo 89.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no resulta de aplicación a los funcionarios interinos

La sentencia de 19 de enero de 2023 (rec. 4531/2021, ponente Celsa Pico Lorenzo) confirma la anterior sentencia de 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020) y, por tanto, genera doctrina jurisprudencial respondiendo la cuestión de interés casacional consistente en determinar si “la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera o también resulta de aplicación a los funcionarios interinos”.

De nuevo, la Sala, amparándose en la normativa española y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (fundamentalmente la STJUE de 20 de diciembre de 2017), responde a la cuestión de interés casacional objetiva planteada concluyendo que “la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos”.

5.4

Posibilidad de que un funcionario de la policía local o autonómica, proveniente de otra comunidad autónoma, concorra en la provisión de plazas de policía local mediante movilidad interadministrativa

En la sentencia de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), se plantean ante el TS dos cuestiones de interés casacional objetiva, consistentes en lo siguiente:

“(i) Determinar el alcance de la potestad que a los Tribunales otorga el artículo 33.2 LJCA en el trámite del recurso de apelación, y en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo. (ii) Si en un supuesto de movilidad horizontal entre cuerpos para el acceso a plazas de policía local es posible la exclusión de un funcionario que pertenece a otro cuerpo policial por el hecho de no estar destinado en la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando así lo prevén las bases de la convocatoria y la propia reglamentación autonómica”.

Por lo que a los efectos de esta crónica jurisprudencial interesa, la sentencia, que cuenta con voto particular discrepante, precisamente respecto de la segunda de las cuestiones resueltas, da respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión sobre si en la provisión de plazas mediante movilidad interadministrativa cabe excluir a un funcionario de policía local o autonómica por provenir de otra comunidad autónoma, concluyendo la Sala que “ninguno de los preceptos legales traídos a colación (art. 164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, arts. 39 y 52 de la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y arts. 78 y 84 del Estatuto Básico del Empleado Público) dispone que la movilidad interadministrativa para proveer plazas de policía local deba estar restringida a aquéllos funcionarios provenientes de municipios de la propia Comunidad Autónoma. La movilidad interadministrativa puede, en principio operar, cruzando los linderos de diferentes Comunidades Autónomas, salvo que una ley establezca lo contrario; lo que no ocurre en el presente caso. Así, la cuestión queda circunscrita a que la limitación para participar en la convocatoria de movilidad interadministrativa a los funcionarios provenientes de municipios de Cataluña fue impuesta sólo por un precepto reglamentario autonómico. Y no debe pasarse por alto que éste ha sido declarado ilegal, por reputarlo contrario a determinados principios constitucionales, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que es el órgano jurisdiccional con la última palabra en la interpretación del Derecho específicamente autonómico siempre que no contravenga lo dispuesto por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Derecho de la Unión Europea. Por ello, dado que esta Sala no considera que las razones dadas por la Sala de apelación para reputar ilegal el art. 42.1 del Decreto 233/2002 sean irrazonables, arbitrarias o extravagantes, a esa conclusión debe estarse”.

5.5

Seguridad jurídica y confianza legítima ante la atribución de plaza de un aspirante nombrado funcionario a otro aspirante distinto por irregularidades en el proceso selectivo

En la sentencia de 27 de febrero de 2023 (rec. 1633/2021, ponente María del Pilar Teso Gamella) se dilucida la cuestión de interés casacional objetivo relativa a “si debe respetarse el derecho de los aspirantes inicialmente aprobados y nombrados funcionarios a conservar su condición cuando años después, por la ejecución de sentencia contra el proceso selectivo detectadas irregularidades ajenas a los mismos, se atribuye su plaza a aspirante distinto”.

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en “los artículos 15, 16, 25 y 32 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (aprobado por R. D. 364/1995, de 10 de marzo), así como el artículo 61.8 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (R.D. legislativo 5/2015, de 30 de octubre)”.

La respuesta a la cuestión de interés casacional que ofrece la Sala es la misma ya declarada en pronunciamientos precedentes (sentencias de 29 de septiembre de 2014 [recurso de casación n.º 2428/2013], 29 de junio de 2015 [recurso de casación n.º 438/2014] y 27 de abril de 2016 [recurso de casación n.º 1276/2014], entre otras), de forma que “[l]a aplicación de la jurisprudencia de esta Sala al caso examinado determina que no pueda privarse a la recurrente de la condición de funcionaria de carrera, a la que accedió tras superar el correspondiente proceso selectivo. La declaración posterior de invalidez, años después, no acarrea indefectiblemente la exclusión de los inicialmente seleccionados, pues poderosas razones de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, y equidad, determinan que se acoten las consecuencias jurídicas que se anudan a la posterior declaración de invalidez del resultado del proceso selectivo, cuando, como es el caso, la anulación tiene que ver con la incorrecta actuación de la Administración, y no con el comportamiento de la aspirante inicialmente seleccionada”.

5.6

De nuevo, buena fe y confianza legítima ante la anulación de un proceso selectivo

Las sentencias de 7 de febrero de 2023 (rec. 4118/2021, ponente Pablo Lucas Murillo de la Cueva) y de 16 de febrero de 2023 (rec. 3686/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) resuelven sendos recursos de casación en los que se analizan las consecuencias de la anulación de un proceso selectivo en el Banco de España respecto de los aspirantes de buena fe que superaron dicho proceso selectivo.

Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo y que se resuelven en las referidas sentencias son las siguientes:

1ª.- Determinar si la falta de previsión en las bases de convocatoria, de la posibilidad de que el tribunal calificador delegue su competencia en la valoración de los candidatos, impide, en todo caso, tal delegación.

2ª Matizar, si procede, la jurisprudencia referida a los terceros de buena fe. En concreto para determinar aquellos que superaron el proceso selectivo, y obtuvieron plaza, al retrotraerse el procedimiento se infringe su buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica en el caso de no superar esa fase en la que se apreció la nulidad”.

De esta forma, se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación tanto “la jurisprudencia relativa a ‘los aspirantes de buena fe’” como “los artículos 9 apartados 1 y 2, y 17 apartado 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

La Sala estima parcialmente el recurso de casación y, como respuesta a la primera cuestión de interés casacional formulada, se establece como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“[...] a falta de previsión en las bases de la convocatoria del proceso selectivo o por no preverlo con carácter general la normativa que regule el proceso selectivo, no cabe que un órgano de selección o tribunal calificador delegue la valoración de los aspirantes, si bien podrá contar con la colaboración o auxilio de expertos o asesores para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas de los aspirantes”.

Y respecto a la segunda de las cuestiones, sin duda de mayor interés teórico, la Sala reitera y confirma su jurisprudencia, primero de la antigua Sección Séptima y ahora de la Sección Cuarta, en el sentido de que “aquellos aspirantes que superan un proceso selectivo anulado o declarado nulo, y obtuvieron plaza, deben ver respetada su situación cuando sean ajenos

a la causa determinante de la nulidad o anulación y así se justifique por el tiempo transcurrido desde la obtención de la plaza. En tales supuestos venimos manteniendo que no debe verse afectada la situación de quienes fueron nombrados en su día porque así lo exigen razones de buena fe, de confianza legítima, de seguridad jurídica y de equidad, sin exceder en este caso de lo previsto en el artículo 3.2 del Código Civil. Este criterio descansa principalmente, por un lado, en el hecho de que las infracciones determinantes de la invalidez del proceso selectivo son imputables exclusivamente a la Administración mientras que los aspirantes que lograron el nombramiento son ajenos a ellas. Por otro lado, se apoya en que el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el proceso selectivo en cuestión priva de justificación y proporción a dejar sin efecto las situaciones jurídicas creadas por esa actuación administrativa que se han asentado durante años. En fin, tiene en cuenta esta jurisprudencia que cabe satisfacer plenamente el derecho del aspirante que ha visto prosperar sus pretensiones sin necesidad de deshacer todo lo anterior”.

Por todo ello, la Sala concluye que “no procede modificar la jurisprudencia sobre los terceros de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos en los que, por sentencia firme, se dispone la retroacción de las actuaciones a fin de que se sigan por los recurrentes a favor de los que falla las fases del proceso selectivo afectadas de los vicios determinantes de la estimación de sus pretensiones”.

5.7

Empleo público. Compatibilidades y complemento específico. Interpretación del art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

En la sentencia de 2 de febrero de 2023 (rec. 3500/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), se plantea ante el TS una cuestión de interés casacional objetivo consistente en “determinar si a los efectos de la aplicación del 30% de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada, en el ámbito particular de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe del complemento específico singular, como defiende la actora, o debe considerarse el importe total del complemento específico, como defiende la Administración y la sentencia impugnada”; y como normas jurídicas objeto de interpretación,

el “artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y el artículo 4.B) del Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

La premisa sobre la que fundamenta su recurso la parte recurrente es que, si se tuviera en cuenta solo la parte del complemento específico que remunera las características del concreto puesto de trabajo desempeñado, no se superaría el 30 % de las retribuciones básicas y, en consecuencia, procedería legalmente reconocer la compatibilidad solicitada por el ahora recurrente.

No obstante, la respuesta que ofrece la Sala a la cuestión planteada es que, “a los efectos de la aplicación del 30 % de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe total del complemento específico”.

5.8

Empleo público. Reducción de jornada a funcionarios de corporaciones locales. Disminución de retribuciones

En la sentencia de 29 de marzo de 2023 (rec. 5492/2021, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez), se plantea ante el TS una cuestión de interés casacional objetivo consistente en “determinar si procede la reducción de jornada sin disminución de retribuciones de los funcionarios de las entidades locales con base en normas autonómicas, habida cuenta de lo dispuesto por el art. 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público”; y como normas jurídicas objeto de interpretación, el artículo 48 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, y el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en relación con el 149.1.18 de la Constitución.

La respuesta a la cuestión de interés casacional que ofrece la Sala es la misma ya declarada en pronunciamientos precedentes (sentencias de 29 de junio y 30 de junio de 2022 [recursos de casación núms. 2594/2021 y 2634/2020]), de forma que “la concesión de la reducción de jornada, a los funcionarios de las corporaciones locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público”.

5.9

Empleo público. Condiciones para la concesión del permiso por cuidado de hijo menor

En la sentencia de 25 de abril de 2023 (rec. 3939/2021, ponente José Luis Requero Ibáñez) el TS interpreta el art. 49.e) del Estatuto Básico del Empleado Público, desde la perspectiva del cumplimiento de los requisitos exigibles para que pueda concederse el permiso que en dicho precepto se regula. De esta forma, se plantea como cuestión de interés casacional objetivo determinar “si, respecto al permiso previsto en el 49.1 e) 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, se cumplen los requisitos legales en el supuesto que el menor esté escolarizado y reciba por el centro educativo los cuidados necesarios para tratar su enfermedad, sin necesidad, durante ese periodo, del cuidado directo, continuo y permanente por parte del solicitante del permiso”.

La Sala, ante la ausencia del necesario desarrollo reglamentario en relación con este precepto, completa la jurisprudencia que ha ido elaborando sobre la base de casos concretos y da respuesta a la cuestión, concluyendo lo siguiente:

“[...] a partir de las condiciones mínimas que regula el EBEP y para cuando el menor esté escolarizado añadimos lo siguiente: 1º Que en caso de escolarización no cabe acudir de manera automática a dos planteamientos contrarios: o que, pese a la escolarización siempre procede la concesión del permiso, o que la escolarización excluye el permiso pues en horario escolar el menor no está al cuidado del progenitor solicitante. 2º Reiteramos, por tanto, que la escolarización del menor no es en sí obstáculo para la concesión del permiso, ahora bien, el juicio sobre su pertinencia exige ponderar en qué centro está escolarizado, si cuenta con medios personales o materiales especializados o idóneos para atender sus necesidades; además, el calendario y horario escolar deberá ponderarse y contrastarse con el laboral, más la disponibilidad de ambos progenitores. 3º Habrá que ponderar también cuál es el grado de atención que precisa el menor y si por sus circunstancias puede o no cumplir con el horario escolar o si, aun escolarizado, precisa en algún momento de la jornada escolar contar con la disponibilidad del progenitor solicitante. 4º Por tanto, el permiso podrá concederse o denegarse o bien concederse pero modulando el porcentaje del horario que se reduce según las circunstancias del solicitante en relación con las del menor”.

6

Otros ámbitos de interés (subvenciones, transparencia, contratos del sector público)

6.1

Subvenciones. Procedimiento de reintegro. Posibilidad de incoación de un nuevo procedimiento tras la terminación del primero

Se plantea ante el TS una interesante cuestión respecto al procedimiento de reintegro de subvenciones por incumplimiento. Así, se cuestiona en la sentencia de 23 de enero de 2023 (rec. 4104/2021, ponente Eduardo Espín Templado) la necesidad de “reafirmar, matizar, precisar o, incluso, corregir la jurisprudencia de esta Sala sobre si la Administración está obligada a dictar una resolución expresa que declare la terminación de un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones –sea cual sea la causa– como condición de validez de la eventual incoación de un nuevo procedimiento de reintegro o si, por el contrario, tal omisión debe ser considerada una irregularidad no invalidante”.

En la resolución se identifican como normas jurídicas objeto de interpretación los artículos 42.1, 44.2 y 87.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre –vigentes artículos 21, 24 y 84.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas–, en relación con el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

La Sala, dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, afirma lo siguiente:

“[...] estando en curso un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones en el que todavía no se ha cumplido el plazo de caducidad, no es posible abrir otro sobre el mismo objeto sin haber cerrado previamente el anterior mediante la resolución expresa que resulte procedente. Por otra parte y de conformidad con lo declarado en las sentencias de 22 de octubre y 19 de noviembre de 2020, habiendo transcurrido el plazo de caducidad de un procedimiento de reintegro, la omisión de la declaración de archivo de las actuaciones no invalida –por esa sola circunstancia y a reserva de la especificidad del caso concreto– la incoación de otro procedimiento con el mismo objeto, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción del derecho de la Administración al reintegro. Todo ello sin perjuicio de la obligación legal que recae sobre la Administración de resolver de forma expresa

los procedimientos, lo que en materia de reintegro de subvenciones exige de la Administración antes de iniciar un nuevo expediente el dictado de una resolución que ordene el archivo de las actuaciones de cualquier otro procedimiento anterior”.

6.2

Contratos del sector público. Condiciones para la inclusión de la cuota del IVA para el cálculo de los intereses de demora por retraso de la Administración en el pago

El TS, en su sentencia de 17 de febrero de 2023 (rec. 6061/2020, ponente María Isabel Perelló Doménech), resuelve las siguientes cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, atinentes a determinar:

- “(i) Si ha de incluirse o no la cuota del impuesto sobre el valor añadido (IVA) en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de determinadas facturas de un contrato administrativo, en este caso, de un contrato de servicios;
- (ii) Si para atender dicho pago del IVA ha de acreditarse por el contratista que ha realizado efectivamente el pago o ingreso de dicho impuesto en la Hacienda Pública y si puede darse por probado que el IVA ya está ingresado al presentar la factura al cobro teniendo en cuenta el certificado emitido por la AEAT de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias además de las declaraciones de IVA aportadas;
- (iii) Si el dies a quo para calcular los intereses de demora sobre la partida del IVA se debe computar desde la fecha del ingreso efectivo del IVA en la Hacienda Pública o desde el transcurso del plazo de 60 días desde la presentación de la factura en los registros correspondientes de la Administración contratante”.

Se identifican, como normas jurídicas objeto de interpretación, el “artículo 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y el artículo 75 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Como respuesta a las tres cuestiones interpretativas planteadas por el auto de admisión, la Sala fija la siguiente doctrina jurisprudencial, que incluye un cambio de criterio respecto a la jurisprudencia precedente, reafirmando la doctrina contenida en la STS 1614/2022, de 5 de diciembre, dictada en el recurso de casación 5563/2020, de forma que “el pronunciamiento del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea al que hemos hecho referencia en los apartados anteriores determina que debamos modificar el criterio que veníamos manteniendo en las sentencias de esta Sala que hemos citado, a fin de acomodarlo a la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de lo dispuesto en la Directiva 2011/7. Reiteramos, por tanto, los criterios fijados en nuestra precedente sentencia, acordes con la Sentencia del TJUE de 20 de octubre de 2022: En lo que se refiere a las dos primeras cuestiones de interés casacional señaladas en el auto de admisión del recurso de casación, y vista la interpretación del artículo 2.8 de la Directiva 2011/7, de 16 de febrero de 2011, que hace la STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/20), debemos declarar, de acuerdo con lo razonado en el apartados 54 a 59 de la fundamentación de dicha sentencia del Tribunal de Justicia y el pronunciamiento contenido en el apartado 3) de su parte dispositiva, que en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de determinadas facturas de un contrato administrativo (en este caso, un contrato de servicios) debe incluirse la cuota del impuesto sobre el valor añadido (IVA), sin que para que proceda el pago de tales intereses sea exigible que el contratista acredite que ha realizado efectivamente el pago del impuesto a la Hacienda Pública. En cuanto a la tercera cuestión señalada en el auto de admisión del recurso de casación (referida al dies a quo para el cálculo de los intereses de demora sobre la partida del IVA) no procede que hagamos declaración ni pronunciamiento alguno, al no haber existido debate sobre ella en el presente recurso de casación. Ello sin perjuicio de que deban ser tomadas en consideración, en lo que resulten de aplicación, las consideraciones expuestas en los apartados 43 a 53 de la fundamentación jurídica de la citada STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/20) y el pronunciamiento contenido en el apartado 2) de su parte dispositiva”.

6.3

Subvenciones. Plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro

Mediante su sentencia de 9 de enero de 2023 (rec. 4865/2021, ponente Diego Córdoba Castroverde), el TS despeja las dudas sobre el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reintegro en el supuesto de subvenciones con fondos europeos, resolviendo la cuestión de interés casacional objetivo consistente en determinar “el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro de ayudas con fondos

comunitarios y, en concreto, y en casos como el presente de percepción por la beneficiaria de un exceso de la subvención en su día concedida, si dicho plazo comienza desde el momento en que la beneficiaria presenta la certificación final de gastos, o si comienza desde el momento del cierre del Programa Operativo o en cualquier otro momento”.

En este sentido, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, la Sala considera que “el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción administrativa de reintegro de ayudas con fondos comunitarios, cuando la beneficiaria percibió un exceso de subvención, comienza desde el momento en que la Administración pudo constatar que parte de la obra no había sido ejecutada y, consiguientemente pudo ajustar la cantidad que debía entregarse como subvención. Momento que, en este caso, debe situarse en el momento en el que el beneficiario presentó la certificación de los gastos pagos y la justificación de las obras realizadas, pues en ese momento la Administración pudo detectar la ‘irregularidad’ en que se ha incurrido al abonar una cantidad subvencional superior a la que le correspondía, y consiguientemente se pudo instar el reintegro de la cantidad indebidamente percibida”.

A stylized tree graphic in shades of blue. The tree has a thick trunk that curves to the right at the bottom. The canopy is composed of numerous branches, each ending in a cluster of oval-shaped leaves. The background is a light blue gradient.

QDL62

**CRÓNICA
CONSULTIVA**

Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre la utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio para el abono de prestaciones contratadas de forma irregular

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

*Ltrado y secretario general del Consello
Consultivo de Galicia.*

Ltrado de la Xunta de Galicia (exc.)

1. **Introducción**
2. **Marco normativo**
3. **La jurisprudencia**
4. **Doctrina del Consello Consultivo de Galicia**
5. **Conclusiones finales**

1 Introducción

El artículo tiene por objeto analizar, en el marco de la contratación irregular de obras, servicios, y suministros por parte de las Administraciones públicas, las técnicas encaminadas a la subsanación de los defectos cometidos, y en última instancia, al abono de las prestaciones recibidas, en aplicación de la doctrina de prohibición del enriquecimiento injusto.

En efecto, históricamente, y en la actualidad, es desafortunadamente muy común la comisión de todo tipo de irregularidades en los procedimientos de contratación pública. Estas irregularidades pueden consistir en la omisión de trámites más o menos relevantes en los procedimientos de

licitación y adjudicación de contratos públicos, o en la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las irregularidades en la contratación y el consecuente pago a los contratistas de obras, suministros o servicios, constituyen prácticas que no se acomodan a los principios que presiden la normativa europea en materia de contratación pública, como son los de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación; y fomentan conductas colusorias, monopolísticas y contrarias a la competitividad empresarial, con un claro y evidente perjuicio para las Administraciones públicas –y, por lo tanto, para la ciudadanía–, perjuicio que se manifestaría en términos económicos, pero también en otros aspectos igualmente importantes, como la calidad de los servicios públicos, el fomento de la innovación, las nuevas tecnologías o el desarrollo empresarial.

Los órganos consultivos han sentado doctrina en esta materia, principalmente a través de los dictámenes que con carácter preceptivo y vinculante emiten en el marco de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho en materia de contratación pública. Cabe recordar que esta técnica permite, previa declaración de nulidad, el reconocimiento de las indemnizaciones que procedan (artículo 106.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas). No obstante, de forma reciente, pueden encontrarse dictámenes que también analizan esta problemática a través de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contractual, competencia asumida por los órganos consultivos de forma relativamente reciente a través del artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La nulidad de la contratación pública presenta múltiples aristas y vicisitudes. De una parte, al margen de la normativa propia del procedimiento administrativo común, aplicable a la técnica de la revisión de oficio (el citado artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), en esta materia confluyen otras normas que otorgan cierta especificidad a la teoría general de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos cuando estos sean propios de la contratación pública, o incluso cuando se trata de contratación realizada por las Administraciones locales. De otra parte, la declaración de nulidad abre la puerta al siguiente problema, relativo al deber de abono del servicio recibido, en virtud de la teoría de la prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración. Y finalmente, no solo se discute sobre los supuestos y requisitos para que el contratista tenga derecho al abono de los servicios, sino también sobre los conceptos que eventualmente deben entenderse incluidos en este derecho.

Por ello, más que un planteamiento en términos generales de la cuestión, pretendemos exponer la postura del Consello Consultivo de Galicia,

manifestada a través de sus dictámenes, en relación con una problemática muy concreta, y que ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales radicalmente contradictorios. Esta problemática versa sobre la preceptividad de la revisión de oficio como una vía habilitante para un posterior reconocimiento extrajudicial de créditos. Dicho de otra manera, pretendemos dar una respuesta concreta a una cuestión recurrente y que demanda seguridad jurídica en la solución que se ofrezca: ¿es imprescindible declarar la nulidad del acto administrativo a través de la revisión de oficio para proceder al reconocimiento extrajudicial de créditos, o bien esta última vía es alternativa y puede tramitarse con independencia de la anterior?

A pesar de que –reiteramos– estamos ante una cuestión recurrente y tan antigua como la propia contratación pública, la jurisprudencia es vacilante y dista mucho de ser pacífica, lo que constituye una fuente de inseguridad jurídica. La mejor prueba de lo expuesto es la intensa actividad doctrinal desarrollada por la Sección de Estudios e Informes del Consello Consultivo de Galicia. Esta Sección se encarga de la elaboración de informes de carácter facultativo en asuntos de interés autonómico. Sus informes no tienen carácter preceptivo ni mucho menos vinculante, pero lo cierto es que las Administraciones públicas recurren a su *auctoritas* invocando frecuentemente las contradicciones jurisprudenciales y las soluciones divergentes adoptadas por cada Administración. Pues bien, uno de los temas más frecuentemente analizados es la forma de proceder ante las denominadas “facturas sin contrato”, es decir, adjudicaciones contractuales omitiendo el procedimiento legalmente previsto. Particularmente, diversas Administraciones locales han formulado consultas sobre la necesidad de proceder previamente a la revisión de oficio para articular el mecanismo de reconocimiento extrajudicial de créditos, cuando la causa de nulidad es precisamente la ausencia de crédito presupuestario. En el presente trabajo pretendemos exponer, de forma práctica, sintética y concreta, la opinión que tiene el órgano consultivo gallego sobre esta cuestión, y los argumentos que la fundamentan.

2

Marco normativo

Con carácter general, la revisión de oficio de los actos administrativos se encuentra regulada en los artículos 47 (causas) y 106 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (procedimiento). El citado artículo 47.e sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Esta puede

considerarse como la causa paradigmática en materia de nulidad de actos sobre contratación pública. Parece lo lógico que si no se han respetado los trámites legalmente exigidos en un procedimiento de licitación y adjudicación pública de un contrato administrativo, la declaración de nulidad se realice sobre la base de la concurrencia de esta causa. No obstante, es frecuente encontrar dictámenes que analizan otra de las causas del artículo 47, en concreto la relativa a actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para tal adquisición (art. 47.f). Así, si un contratista ha sido beneficiado de una adjudicación sin reunir los requisitos legalmente previstos para tal efecto, podemos entender que también concurre este vicio de nulidad de pleno derecho. Finalmente, el artículo 47.g alude a cualquier otro vicio de nulidad que se establezca expresamente en una disposición con rango de ley, lo que nos conecta directamente con la normativa de contratación pública que analizamos a continuación.

En efecto, en el ámbito de la contratación pública, existe un régimen específico de nulidad de actos administrativos contemplado en los artículos 38 y siguientes (Capítulo IV, titulado “régimen de invalidez”, del Título I del Libro Primero de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), y dentro de este régimen unas causas específicas diferentes de las del citado artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En concreto, el artículo 38 establece los supuestos de invalidez, el artículo 39 establece las causas de nulidad de derecho administrativo, y el artículo 40 establece las causas de anulabilidad.

Por último, en el ámbito de la contratación irregular de la Administración local, es obligada la cita del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. Entre otras cuestiones, esta norma regula una causa específica de nulidad de pleno derecho, esto es, la omisión de la función interventora, y un procedimiento específico a seguir cuando se haya producido este vicio, que por su interés para el presente trabajo, y por las continuas referencias que realizaremos al mismo, reproducimos literalmente a continuación:

“Artículo 28. De la omisión de la función interventora.

1. En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo.

2. Si el órgano interventor al conocer de un expediente observara omisión de la función interventora lo manifestará a la autoridad que hubiera iniciado aquel y emitirá al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniendo este informe a las actuaciones, pueda el Presidente de la Entidad Local decidir si continua el procedimiento o no y demás actuaciones que en su caso, procedan.

En los casos de que la omisión de la fiscalización previa se refiera a las obligaciones o gastos cuya competencia sea de Pleno, el Presidente de la Entidad Local deberá someter a decisión del Pleno si continua el procedimiento y las demás actuaciones que, en su caso, procedan.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, se incluirá en la relación referida en los apartados 6 y 7 del artículo 15 de este Reglamento y pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

a) Descripción detallada del gasto, con inclusión de todos los datos necesarios para su identificación, haciendo constar, al menos, el órgano gestor, el objeto del gasto, el importe, la naturaleza jurídica, la fecha de realización, el concepto presupuestario y ejercicio económico al que se imputa.

b) Exposición de los incumplimientos normativos que, a juicio del interventor informante, se produjeron en el momento en que se adoptó el acto con omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa, enunciando expresamente los preceptos legales infringidos.

c) Constatación de que las prestaciones se han llevado a cabo efectivamente y de que su precio se ajusta al precio de mercado, para lo cual se tendrán en cuenta las valoraciones y justificantes aportados por el órgano gestor, que habrá de recabar los asesoramientos o informes técnicos que resulten precisos a tal fin.

d) Comprobación de que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente para satisfacer el importe del gasto.

e) Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, sólo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

3. En los municipios de gran población corresponderá al órgano titular del departamento o de la concejalía de área al que pertenezca el órgano responsable de la tramitación del expediente o al que esté adscrito el organismo autónomo, sin que dicha competencia pueda ser objeto de delegación, acordar, en su caso, el sometimiento del asunto a la Junta de Gobierno Local para que adopte la resolución procedente.

4. El acuerdo favorable del Presidente, del Pleno o de la Junta de Gobierno Local no eximirá de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar”.

En resumen, el marco normativo de la nulidad de pleno derecho de actos en materia de contratación y sus consecuencias en el ámbito de la Administración local está constituido por tres bloques diferenciados:

- en materia de procedimiento, artículos 106 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre;
- en materia de vicios de nulidad de pleno derecho, artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y artículos 38 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP);
- un supuesto específico de nulidad de pleno derecho consistente en la omisión de la función interventora, regulado íntegramente en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril.

3

La jurisprudencia

La jurisdicción contencioso-administrativa ha mostrado históricamente una gran preocupación en relación con la proliferación de contrataciones nulas de pleno derecho que, a efectos prácticos –pago del precio por servicio, suministro u obra prestado o ejecutada–, han supuesto la convalidación *de facto* de actos de adjudicación nulos de pleno derecho.

Son innumerables los pronunciamientos en que se han analizado contrataciones por razón de vicios de nulidad radical e insubsanable, tales como la omisión total de procedimiento o de sus trámites esenciales, o actos de adjudicación otorgados con manifiesta falta de competencia (p. ej., contrataciones verbales por encima de los límites legales).

También la jurisdicción contable, a través del Tribunal de Cuentas, ha venido fiscalizando en sucesivos informes estos acuerdos en lo que respecta al mecanismo de financiación para el pago a proveedores locales (entre

otros, Informe de fiscalización sobre los gastos ejecutados por las entidades locales sin crédito presupuestario de 23 de diciembre de 2012).

Descendiendo a la cuestión objeto del presente trabajo, la jurisprudencia y también la práctica totalidad de los órganos consultivos han tenido que pronunciarse sobre si, para abonar una prestación o factura que se corresponde con un contrato inexistente o nulo de pleno derecho, es imprescindible, preceptivo y necesario, en todo caso, proceder a la previa declaración de nulidad.

El dictamen del Consejo de Estado 1724/2011, de 21 de diciembre de 2011, señaló que “la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad, por lo que deberá tramitarse el correspondiente procedimiento de revisión de oficio del contrato”. Con ello, parece tomar partido en favor de la tesis que considera que, para abonar un servicio correspondiente a un contrato viciado de nulidad, es imprescindible la previa declaración de la misma.

Recoge esta línea argumental la sentencia del Juzgado de lo Contencioso n.º 4 de Oviedo, de 12 de junio de 2017, analizando el pago vía “reconocimiento extrajudicial de crédito” de una serie de facturas por servicios concertados sin dotación presupuestaria, y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido. A juicio de esta sentencia, debe considerarse que se trata de actos nulos de pleno derecho en el sentido establecido por la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 62.1.e) se refería a “los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados” (actual art. 47.1e] de la LPACAP). Por tanto, “el punto de partida de la actuación municipal está viciado en la medida en que entre la pretendida opción entre revisión de acto nulo y ejecución extrajudicial de crédito, en realidad y a juicio de este Juzgado, no tenía otra alternativa que seguir la primera”. Con base en el razonamiento expuesto, anula los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento sobre el reconocimiento extrajudicial de créditos y abono de las facturas, considerando que, previamente, es imprescindible proceder a la revisión de oficio de los actos nulos.

Con idéntico sentido argumental que las anteriores, pero con mayor profusión y detalle, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de julio de 2022, recurso de apelación 7016/22, manifiesta lo siguiente: *“Convalidar o mal feito esixe previamente recoñecer o que se fixo mal, e en termos xurídicos iso acádase mediante a revisión de oficio, que faltou*

nos dous expedientes de recoñecemento extraxudicial de crédito, e por iso deben ser declarados nulos de pleno dereito, non xa por incorrecta articulación do REC como indica o xuíz de instancia senón por adoecer incluso do paso previo, que é a declaración de nulidade de pleno dereito do previamente actuado por contravir groseiramente a normativa sobre contratación administrativa. (...) ...non resulta acreditada a existencia de contratación, co que se obvian total e absolutamente os procedementos debidos, o que debe conducir á conclusión de que, igual cá no resto de supostos, debía ter acudido a administración previamente á revisión de oficio de tamaño despropósito -pois estamos ante un suposto de nulidade de pleno dereito por omisión absoluta de procedemento-, para posteriormente declarar, aí si, mediante REC, e sempre cumprindo cos requisitos de tramitación e de fondo, cal debía ser o alcance e contido das cantidades a pagar aos empresarios que se prestaron a realizar as obras ou servizos sen contrato, no caso de que concorran os requisitos xurisprudenciais do enriquecemento inxusto, incluído, por suposto, o de boa fe en quen considera que está obrando conforme a dereito realizando as prestacións sen contrato” (sic).

Sin embargo, la claridad y contundencia de los pronunciamientos de estas sentencias no se observa en otras de otros tribunales superiores, y por ello no parece que la cuestión haya sido resuelta de un modo pacífico e inequívoco. En concreto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 26 de junio de 2020 (recurso 75/2018), aborda esta cuestión de manera totalmente contradictoria a lo antes expuesto, citando además múltiples pronunciamientos de otros órganos judiciales, y concluyendo, ante unos hechos similares -pago de facturas sin dotación presupuestaria a través del reconocimiento extrajudicial de créditos-, lo siguiente: “En el presente supuesto, a la vista de la naturaleza de los débitos que motivaron el acuerdo plenario municipal, resulta evidente la sinrazón y la desproporción que supone, remitir el pago a los proveedores al previo procedimiento de la revisión de oficio, ex art. 102 de la Ley 30/92 -y con posterioridad, art. 106 de la Ley 39/15-, y ello cuando por demás no consta de qué situaciones contractuales pueda tratarse exactamente, siendo de cualquier modo ínfimas las cuantías concernidas (en el caso de la deuda contraída con el ACA, que supone más del 50 % de la total deuda, la demanda no suscitó ninguna cuestión al respecto, de modo que ese débito no ha sido objeto de debate). Señala la SAN de 17 de enero de 2020, rec. 61/2019, FJ 2º, que: ‘Con carácter general, la convalidación de gastos debe considerarse como un procedimiento excepcional, dirigido a la compensación a que hubiere lugar en caso de obligaciones de pago comprometidas, a efectos de abonar las prestacio-

nes realizadas tanto para evitar una reclamación de responsabilidad patrimonial, como para corregir el enriquecimiento injusto que, en otro caso se produciría, pues el enriquecimiento sin causa es fuente de las obligaciones'. (En parecidos términos, SAN de 6 de junio de 2018, rec. 1007/2016, FJ 5º; y de 12 de septiembre de 2018, rec. 247/2017, FJ 5º). Las STS, Sala 3ª, de 20 de diciembre de 1995, rec. 2762/1991, FJ 1º; y de 30 de septiembre de 1999, rec. 3836/1994, FJ 2º; entre otras; han aceptado las situaciones de enriquecimiento injusto, como fuente de obligaciones a reconocer por los Ayuntamientos. (Y en el mismo sentido, Sentencia de esta Sala y Sección de 27 de diciembre de 2013, rec. 890/2010; del TSJ de la Región de Murcia de 30 de noviembre de 1999, rec. 909/1997; y del TSJ de Aragón de 22 de septiembre de 2004, rec. 737/2001)".

Por su parte, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2018 (recurso 1007/2016) manifiesta que, "cuando hay una contratación irregular, hay que diferenciar varios planos: a) la cuestión relativa al abono al contratista de las prestaciones realizadas, bien como responsabilidad extracontractual o contractual o por reconocimiento extrajudicial de créditos en evitación de un enriquecimiento injusto; b) la revisión de oficio del acto nulo o anulable, en su caso, conforme a los artículos 102 y 103 de la Ley 30/92 (106 y 107 de la Ley 39/2015), en relación a los arts. 28, 32.a) y c) y 34 de la LCSP (los mismos preceptos del TRLCSP); c) la exigencia de responsabilidades disciplinarias al titular del órgano o funcionario responsable que ha procedido a la contratación irregular conforme a los artículos 34 y Disposición adicional vigesimosegunda de la LCSP (decimonovena del TRLCSP), en relación al artículo al artículo 145 de la Ley 30/92 (36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) y artículos 175 y 176 de la Ley General Presupuestaria; d) la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del expediente de gestión económico-financiero, conforme al artículo 28. c) o d) y siguientes de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". Además, hace referencia a la convalidación de gastos a través del reconocimiento extrajudicial como un "procedimiento excepcional dirigido a la compensación acudir el lugar en caso de obligaciones de pago comprometidas, a efectos de abonar las prestaciones realizadas tanto para evitar una reclamación de responsabilidad patrimonial, como para corregir en el enriquecimiento injusto...", insistiendo en que "estos supuestos de convalidación deben tener carácter excepcionalísimo, para casos puntuales, no concebirse como un modo habitual de actuación al margen del procedimiento legal contractual". Pero lo relevante es que en ningún momento hace depender el reconocimiento extrajudicial -por

más que excepcionalísimo- de una previa revisión de oficio del acto de contratación.

En un sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2022 (recurso 5437/2020), que analizando un supuesto en que la Administración siguió un procedimiento de revisión de oficio con declaración de nulidad de las actuaciones, manifiesta literalmente lo siguiente: “Ante la realización de unas obras en favor de la Administración pública ejecutadas al margen de un contrato y sin modificado alguno, el ordenamiento admite diversas alternativas legales, por lo que la cuestión de la naturaleza indemnizatoria o contractual del pago deberá hacerse en atención a las circunstancias del caso”.

De estos últimos pronunciamientos parece extraerse la conclusión de que revisión de oficio y reconocimiento extrajudicial son vías alternativas, cada una con sus requisitos y peculiaridades, pero no cumulativas o sucesivas.

4

Doctrina del Consello Consultivo de Galicia

La doctrina que procedemos a exponer se extrae principalmente de la Sección de Estudios de esta institución a través de informes de carácter facultativo (CCG 163/2019, y CCG 78/2023), pero también puede observarse en otros pronunciamientos de la Sección de Dictámenes emitidos en el marco de procedimientos de revisión de oficio o reclamación de responsabilidad patrimonial contractual (CCG 1 251/2021, 81/2022, 368/2022, 404/2022, entre otros muchos).

El Consello Consultivo considera el reconocimiento extrajudicial de créditos como un procedimiento de naturaleza presupuestaria dirigido a posibilitar el pago de un gasto para el que no se contemplaba dotación presupuestaria, y para el que se atribuye al pleno de la entidad local la competencia para declarar la existencia de un crédito contra ella, que se mueve en un plano distinto del procedimiento de revisión de oficio, concebido como forma de revocación por la Administración de sus propios actos por razones de legalidad.

La potestad de poner en marcha el mecanismo del reconocimiento extrajudicial de créditos concierne a la existencia de un crédito contra la entidad local para el que no existe dotación presupuestaria, con independencia de que en el origen de ese crédito se encuentre un acto susceptible de ser sometido al procedimiento de revisión de oficio por apreciarse en tal acto un vicio encuadrable en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho.

Es posible que se advierta la presencia de una causa de nulidad en la contratación del crédito, pero eso no arrastra como inevitable consecuencia el que no exista posibilidad de reconocer el mismo sin una previa anulación del acto que ha amparado la prestación del contratista. Buen ejemplo de ello lo proporciona el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local. Ese precepto reglamentario, que tiene su precedente en la Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención General del Estado, por la que se dictaban instrucciones sobre función interventora, deja a juicio del interventor la valoración de la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, “que será apreciada por el interventor en función de si se realizaron o no las prestaciones, el carácter de estas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hubieran producido”. Por otra parte, añade lo siguiente: “Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, solo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones hubieran sido inferior al que se propone”, texto cuyo contenido excluye cualquier planteamiento que preconice que al reconocimiento extrajudicial de créditos debe preceder, en todo caso, la necesaria anulación, a través del procedimiento de la revisión de oficio, de los actos o contratos administrativos que se encuentren en el origen del crédito a reconocer.

Esa anulación se antoja, además, carente de utilidad, en cuanto que lo que de ella se derivaría no sería otra cosa que o bien posibilitar la apreciación de la existencia de un enriquecimiento injusto, lo que sería posible apreciar, de igual modo, siguiendo directamente el procedimiento del reconocimiento extrajudicial de créditos, o bien posibilitar la indemnización a la parte no culpable de los daños y perjuicios que hubiera sufrido, en el supuesto previsto en el artículo 42.1 de la LCSP, todo lo cual, cuando se trate de prestaciones efectivamente realizadas, por precio ajustado al de mercado, consentidas por la entidad local y realizadas en su beneficio, conduciría a que el importe de la indemnización vendría a coincidir normalmente con los precios pactados.

El contenido del artículo 41.1 de la LCSP abunda en la idea de que la presencia de una causa de nulidad en la contratación del crédito no faculta ni obliga en todo caso al pleno o a la junta de gobierno local a seguir el procedimiento de la revisión de oficio.

Además, el Consello añade un argumento que enlaza con los límites de la institución de la revisión de oficio. En efecto, el citado artículo 41.1 de la LCSP prevé que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará “de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”. Por tanto, se está remitiendo en bloque a un capítulo en el que se incluye el artículo 110, expresivo de que “las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”. Ese artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, supone que si una vez ponderadas la situación y las circunstancias del caso se apreciara que las mismas tienen encaje en aquellas, y eso llevara como consecuencia asociada una vulneración de la equidad, de la buena fe, del derecho de los particulares o de las leyes, queda la Administración desahogada –limitada– de aquella facultad de revisión de oficio. En definitiva, en línea con la doctrina expuesta, el Consello considera que la Administración no puede ejercitar la facultad de revisión de oficio cuando en el caso concreto concurren las circunstancias y razones previstas en el citado artículo 110, y solo a ella corresponde apreciar tal concurrencia en cuanto que su apreciación debe ser necesariamente previa al inicio del procedimiento de revisión.

De todo ello podemos concluir que revisión de oficio y reconocimiento extrajudicial son procedimientos alternativos, que pueden utilizarse de acuerdo con su propia idiosincrasia, pero que no están supeditados en una suerte de relación causa-consecuencia. Al contrario, son procedimientos que tienen una naturaleza muy similar, y un cometido prácticamente idéntico, y en determinados casos podrá conseguirse exactamente el mismo resultado siguiendo cualquiera de ellos, de lo que fácilmente se deduce la innecesariedad de tramitar ambos.

5

Conclusiones finales

I.- El reconocimiento extrajudicial de créditos, tal y como su propio nombre indica, supone un reconocimiento de que se ha comprometido un gasto sin crédito, y por lo tanto se ha cometido una irregularidad constitutiva de nulidad de pleno derecho. Desde esta perspectiva, la revisión de oficio es redundante, ya que el reconocimiento extrajudicial supone un reconocimiento ex-

preso de lo que se hizo mal en términos jurídicos. Por ello, tiene naturaleza similar a la revisión de oficio.

II.- La literalidad del artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 18 de abril, exige que el informe del órgano interventor, al conocer de un expediente en que se hubiese omitido la función interventora, se pronuncie sobre la “posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de éstas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido”. Este precepto plantea la revisión como una posibilidad, no como una condición *sine qua non*. Las normas se interpretarán según el sentido literal de sus palabras (artículo 6 del Código Civil), o dicho más sencillamente, *in claris non fit interpretatio*. Cualquier interpretación en sentido contrario supone vaciar de contenido la cláusula reproducida, ya que con independencia de lo informado por el interventor, habría que tramitar una revisión de oficio.

III.- El procedimiento de revisión de oficio ya establece la posibilidad del reconocimiento de indemnizaciones, tanto con carácter general en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, como específicamente para los contratos nulos de pleno derecho en el artículo 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Nuevamente, es totalmente redundante, y contrario a los más elementales principios de eficiencia, celeridad y racionalidad en la actuación administrativa, tramitar dos procedimientos que en esencia tienen el mismo objeto: declarar/reconocer la nulidad, y reconocer el abono de la indemnización legalmente procedente.

IV.- La revisión de oficio no es un procedimiento de carácter sancionador; tampoco tiene por objeto purgar o sancionar irregularidades, y mucho menos convalidarlas. Al contrario, tiene por objeto declarar la nulidad de pleno derecho y eventualmente reconocer una indemnización a los terceros de buena fe perjudicados por las mismas. Por ello, según una perspectiva estrictamente administrativa, no añaden nada al reconocimiento extrajudicial de créditos. Las irregularidades en materia de contratación pública son competencia, en su caso, de la jurisdicción contable y financiera, o bien directamente de la jurisdicción penal. A modo de ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 23 de junio de 2022 aprecia un delito continuado de prevaricación administrativa por la realización de adjudicaciones verbales por parte de un alcalde, en contra de los informes de secretaría e intervención. Para llegar a esta conclusión no ha sido necesario tramitar ningún procedimiento de revisión de oficio en orden a la declaración de nulidad. De este modo, ni el reconocimiento extrajudicial de

créditos supone la exención de responsabilidad por eventuales irregularidades, ni la revisión de oficio supone la sanción de las mismas.

V.- Las causas establecidas en el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, suponen un límite de la facultad de la Administración para revisar actos nulos de pleno derecho. Por ello, exigir en todo caso que se tramite un procedimiento de revisión de oficio supone *de facto* eliminar la posibilidad de apreciar los límites de la revisión de oficio establecidos en el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

VI.- A pesar de que estamos hablando de inercias nocivas y prácticas administrativas reprobables, tienen una profunda raigambre en la actividad de la Administración, y la razón de ello es la laxitud con las autoridades y funcionarios responsables de las mismas. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, considera como infracción muy grave la realización de compromisos de gastos sin crédito presupuestario. El tantas veces citado artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, aclara en su apartado cuarto que el reconocimiento extrajudicial no eximirá de las exigencias de las responsabilidades a que hubiere lugar. Y a pesar de ello, rara vez se vincula una revisión o un reconocimiento a una exigencia de responsabilidad. Por ello, en tanto no se articule un mecanismo eficaz para hacer efectiva la misma, no conseguirán erradicarse, o al menos evitar su generalización en la práctica cotidiana de las Administraciones públicas. En todo caso, convendría que bien por vía legislativa, bien a través de la vía jurisprudencial del interés casacional objetivo, se aclarase la forma de proceder en estos supuestos, cuando menos con la misma contundencia que el Consello Consultivo de Galicia ha manifestado en su doctrina, ya que no es vinculante, y tiene un alcance limitado al prestigio de la institución que la emite. De este modo, y en tanto no se proceda conforme a lo indicado, la inseguridad jurídica permanecerá.

Intervención preceptiva de los órganos consultivos y excepciones: supuestos analizados por el Consejo Consultivo de Castilla y León

JAVIER PÍRIZ URUEÑA

Letrado jefe del Consejo Consultivo de Castilla y León

1. Intervención preceptiva de los órganos consultivos

2. Supuestos de no preceptividad del dictamen: casuística en el Consejo Consultivo de Castilla y León

- 2.1. Expedientes de resolución de contratos administrativos: falta de oposición del contratista a la resolución del contrato
- 2.2. Expedientes de modificación de contratos administrativos: ausencia de algún requisito exigido por la ley para la preceptividad del dictamen
- 2.3. Resolución de contratos privados celebrados por la Administración o por entes del sector público
- 2.4. Expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: cuantía reclamada inferior a la prevista en la ley
- 2.5. Expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: indebida calificación como responsabilidad extracontractual, al tratarse de responsabilidad derivada de un contrato privado
- 2.6. Expedientes de responsabilidad por incumplimiento de las cláusulas de un convenio
- 2.7. Expedientes ya resueltos

1

Intervención preceptiva de los órganos consultivos

La legislación exige el dictamen del Consejo de Estado o de los órganos consultivos de las comunidades autónomas en diversos expedientes, y su fun-

damento reside en la garantía de acierto y de legalidad que la intervención de dichos órganos ofrece a las Administraciones competentes para resolver aquellos.

Desde el punto de vista orgánico, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), se refiere a los órganos consultivos, al disponer lo siguiente: “La Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios de esta última que prestan asistencia jurídica”. Y añade: “En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada”.

En la mayoría de las comunidades autónomas se han creado órganos consultivos propios, y mientras algunas les han atribuido una posición institucional dotada de autonomía orgánica y funcional, otras los configuran como órganos propios de la Administración activa. Sea cual fuere su posición institucional, sus denominaciones suelen ser Consejo Consultivo, Consejo Jurídico Consultivo o Comisión Jurídica Asesora.

Desde el punto de vista procedimental, la legislación básica regula varios supuestos en los que se exige la intervención de los órganos consultivos y que dan lugar, cuantitativamente, al mayor número de dictámenes. Tal normativa básica es la siguiente:

1.- La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), establece la preceptividad del dictamen de los órganos consultivos:

- a) En los expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas cuando la cuantía reclamada sea igual o superior a 50 000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica. En la Comunidad de Castilla y León, la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León¹, establece actualmente dicha cuantía en 6000 euros cuando los expedientes se hayan tramitado por la Administración autonómica, y en 3000 euros cuando se hayan tramitado por las entidades locales².

1. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-9245>

2. La redacción originaria de la ley exigía la intervención del Consejo Consultivo en todos los expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones autonómica y local de la Comunidad, cualquiera que fuera la cuantía reclamada. La Ley 5/2011, de 19 de septiembre, por la que se introducen modificaciones relativas a la organización y funcionamiento de los Consejos Consultivo y de Cuentas y al Gobierno y Administración de la Comunidad, elevó a 1000 euros

El dictamen del órgano consultivo no es vinculante para la Administración consultante, pero el artículo 96 de la LPAC le atribuye especial relevancia en un supuesto concreto: la tramitación simplificada del procedimiento. El último párrafo del apartado 6.g) de este precepto dispone: “Cuando el Dictamen sea contrario al fondo de la propuesta de resolución, con independencia de que se atienda o no este criterio, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados. En este caso, se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente”³.

- b) En los expedientes de revisión de oficio de actos y disposiciones administrativas.

Cuando la Administración consultante tramita el expediente de revisión de oficio y propone la nulidad de un acto o de una disposición, el dictamen del Consejo tiene un carácter semivinculante. Como ya señaló la Memoria del Consejo Consultivo de Castilla y León correspondiente al año 2016, “este carácter semivinculante significa que el dictamen del Consejo, en caso de ser favorable a la nulidad pretendida, habilita a la Administración consultante para que sea esta quien declare o no la nulidad del acto o disposición, es decir, una vez dictaminado por el Consejo Consultivo que procede la revisión, tal dictamen no impone la anulación del acto o disposición sino que la

la cuantía mínima reclamada para exigir el dictamen del Consejo. La redacción actual se aprobó por la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León.

3. El Consejo de Estado, en su Dictamen 275/2015, de 29 de abril, emitido en relación con el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, formuló una observación a este inciso, al señalar que “la redacción del párrafo que le sigue resulta confusa al disponer que ‘en todo caso, en el expediente que se remita al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, se incluirá una propuesta de resolución. Cuando el dictamen sea contrario a la propuesta de resolución, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados. En este caso, se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente’. El hecho de que un dictamen no se pronuncie en el mismo sentido que una propuesta de resolución no obliga necesariamente a volver a someter a consideración del cuerpo consultivo correspondiente el asunto, por lo que debe aclararse la redacción de este párrafo. Parece desconocerse, además, el carácter final del dictamen del Consejo de Estado, después del cual no cabe someter el expediente a cualquier otra oficina o dependencia”.

decisión final de anular o no el acto o disposición corresponde a la Administración que ha realizado la consulta”⁴.

- c) En los expedientes sobre recursos extraordinarios de revisión interpuestos frente a actos firmes en vía administrativa. Así se infiere, *a contrario sensu*, del artículo 126.1 de la LPAC.

Ahora bien, la propia LPAC contempla algunas excepciones a estos supuestos, en las que no se exige el dictamen de los órganos consultivos, como son:

- Cuando se vayan a inadmitir motivadamente las solicitudes de revisión de oficio planteadas por los interesados, por no basarse en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho establecidas en el artículo 47.1 de la LPAC, por carecer la solicitud manifiestamente de fundamento, o por haberse desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales (art. 106.3 LPAC).
- Cuando se vaya a inadmitir a trámite un recurso extraordinario de revisión por no fundarse en ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 125.1 o por haberse desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales (art.126.1 LPAC).

2.- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (LCSP), también prevé el dictamen de los órganos consultivos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se pretendan aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales (art. 121 LCSP).
- b) Cuando la Administración ejercite las siguientes prerrogativas en los contratos administrativos (art. 191.3 de la LCSP):
 - Interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.
 - Modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6 000 000 de euros.
 - Reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50 000 euros; cuantía que podrá rebajarse por la normativa de las comunidades autónomas.

4. Memoria del Consejo Consultivo correspondiente al año 2016 (páginas 60 y 61). <https://www.cccyl.es/c-consultivo/cm/images?idMmedia=74404>

Junto a la normativa básica mencionada, existen otras normas estatales que exigen la intervención de los órganos consultivos, como son:

- La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que exige el dictamen preceptivo con carácter previo a la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local (art. 75 ter, apartado 3).
- El Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, que prevé la intervención de los órganos consultivos en los expedientes de alteración de términos municipales (arts. 9.2 y 10.5) y en los de deslinde de términos municipales (art. 24).

Finalmente, las leyes de creación de los órganos consultivos y las leyes de la propia comunidad autónoma contemplan los supuestos específicos, distintos de los expuestos, en los que es preceptiva la intervención de dichos órganos. En concreto, en Castilla y León el Consejo Consultivo debe dictaminar, entre otros asuntos, los anteproyectos de ley, los proyectos de legislación delegada, los proyectos de reglamentos ejecutivos, las transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de contenido económico de la Junta de Castilla y León cuya cuantía exceda de 500 000 euros, el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten respecto a los mismos, diversos acuerdos de colaboración y de cooperación, o las modificaciones urbanísticas que afecten a espacios libres o zonas verdes.

Sin embargo, no son pocas las ocasiones en que las Administraciones solicitan el dictamen de los órganos consultivos en supuestos que no son preceptivos y que, como consecuencia de ello, obligan a rechazar la consulta, bien *a limine* mediante un acuerdo de inadmisión de la solicitud de dictamen, o bien mediante la emisión de un dictamen en el que el Consejo, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, pone de manifiesto las circunstancias y los argumentos que determinan la no preceptividad del dictamen.

El presente estudio recoge de forma resumida y ejemplificativa algunos supuestos en los que el Consejo Consultivo de Castilla y León ha concluido que su intervención no es preceptiva.

2

Supuestos de no preceptividad del dictamen: casuística en el Consejo Consultivo de Castilla y León

Durante los 20 años de funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León varios son los supuestos en los que se ha advertido que las Administra-

ciones públicas plantean consultas que, si bien consideran preceptivas, no tienen tal carácter. De forma sintética, tales supuestos pueden agruparse en los siguientes bloques.

2.1

Expedientes de resolución de contratos administrativos: falta de oposición del contratista a la resolución del contrato

El artículo 4.1.i),3.º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, establece que será preceptiva la consulta a esta institución en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y por las Administraciones locales de su territorio que versen sobre la “interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, y modificaciones de los mismos, en los supuestos establecidos por la legislación reguladora de los contratos del sector público”.

Tal remisión obliga a acudir al artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que establece en su apartado 3.a) que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva en los casos de “interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

Este último requisito, la oposición del contratista, es el elemento determinante del carácter preceptivo del dictamen de los órganos consultivos en estos expedientes.

En el dictamen 136/2016, de 11 de abril⁵, el Consejo Consultivo de Castilla y León señala que, a efectos de determinar la preceptividad del dictamen, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre la resolución del contrato administrativo y los efectos que se derivan de la resolución, como son la liquidación o las indemnizaciones que procedan.

El dictamen cita las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2012 (rec. 1523/2009)⁶ y de 26 de marzo de 2012⁷ (rec. 57/2010), que sentaron el criterio de que no procede la emisión de dictamen cuando la resolución haya sido solicitada por el propio contratista, ya que es preciso distinguir dos conceptos diferentes: la resolución del contrato, y la liquidación que se tenga que dictar a resultados de

5. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2016/dictamen-136-2016.ficheros/56810-Dictamen_136_2016.pdf

6. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2ac74f7c10b82ae/20120127>

7. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4f9437e2972b5c57/20120507>

la misma. El Tribunal Supremo manifestó que la oposición del contratista, que determina el dictamen preceptivo del órgano consultivo, debe referirse a la propia resolución del contrato y no a los efectos de esta, de manera que, si el contratista no formula oposición a la extinción del contrato por la causa invocada por la Administración, o se llega a un acuerdo sobre esta, no concurre el supuesto que determina el carácter preceptivo del dictamen.

Tal criterio se había adoptado por este Consejo Consultivo en el dictamen 170/2014, de 8 de mayo⁸, y se ha reiterado en otros posteriores, como el 95/2018, de 21 de marzo⁹ (referido a un procedimiento de extinción de una concesión demanial de explotación de quiosco), o los más recientes 121/2022, de 12 de mayo¹⁰, y 445/2022, de 1 de septiembre¹¹ (referidos ambos a expedientes de resolución de contratos administrativos).

En el mismo sentido ya se habían pronunciado también, entre otros, los dictámenes 183/2011, de 22 de septiembre, y 259/2011, de 16 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y el dictamen 754/2013, de 13 de noviembre, del Consello Consultivo de Galicia.

En definitiva, la doctrina y la jurisprudencia expuesta permite afirmar que no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo en aquellos expedientes en los que no exista oposición del contratista a la resolución del contrato (bien por no manifestarla de forma expresa o por haber solicitado el propio contratista la resolución), o cuando esta oposición se limite a los efectos de la resolución.

Por ello, el Consejo consideró en estos supuestos que no procedía pronunciarse sobre el fondo del asunto, al no ser preceptivo el dictamen.

2.2

Expedientes de modificación de contratos administrativos: ausencia de algún requisito exigido por la ley para la preceptividad del dictamen

Como es sabido, la legislación de contratos no exige el dictamen de los órganos consultivos en todos los supuestos de modificación contractual. El

8. <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/contratacion-administrativa/2014/dictamen-170-2014.ficheros/37828-Dictamen%20170-2014.pdf>

9. https://www.cccyl.es/es/dictámenes/concesiones-administrativas/2018/dictamen-95-2018.ficheros/64819-Dictamen_95_2018.pdf

10. <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/contratacion-administrativa/2022/dictamen-121-2022.ficheros/83227-Dictamen%20121-2022.pdf>

11. <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/contratacion-administrativa/2022/dictamen-445-2022.ficheros/84073-Dictamen%20445-2022.pdf>

artículo 191 de la LCSP, antes citado, exige, en su apartado 3.b), el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva, en los casos de “modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros”¹².

Ya desde el dictamen 678/2004, de 4 de noviembre¹³, el Consejo Consultivo de Castilla y León, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, manifestó que la legislación de contratos exige de forma clara que concurren dos requisitos para que sea preceptivo el dictamen:

- que la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior al 20 por ciento del precio inicial del contrato (o al 10 por ciento, cuando resulte aplicable, por razones temporales, la ley que regula tal porcentaje);
- y que el precio inicial del contrato sea igual o superior a 6 000 000 de euros.

El Consejo Consultivo ha apreciado en varias ocasiones que las modificaciones contractuales sometidas a dictamen no cumplían alguna de las dos condiciones y ha concluido, por tanto, la no preceptividad del dictamen y la improcedencia de emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En concreto, en varios asuntos se concluyó que la consulta no era preceptiva porque, si bien el porcentaje de modificación excedía, aislada o conjuntamente, el previsto en la ley de contratos, no se cumplía, sin embargo, el segundo de los requisitos exigidos, ya que el precio inicial del contrato cuya modificación se pretendía era inferior a 6 000 000 de euros. Así se declaró en el citado dictamen 678/2004 (relativo a la modificación de un contrato de obras), en el dictamen 24/2018, de 8 de febrero¹⁴ (relativo a la modificación del contrato de los servicios postales y telégrafos entre un ayuntamiento y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.), en el dictamen 281/2020,

12. El porcentaje sobre el precio inicial del contrato exigido para la preceptividad del dictamen fue del 10 % tras la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó el artículo 195 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y se mantuvo durante la vigencia del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 13 de noviembre (artículo 211.3). La Ley de Contratos de 2017 volvió a prever un porcentaje de modificación del 20 % sobre el precio inicial del contrato (en ambos casos, dicho porcentaje estaba en consonancia con la regulación de la resolución de los contratos contenida en las sucesivas leyes).

13. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2004/dictamen-678-2004.ficheros/22304-Dictamen678-2004.pdf>

14. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2018/dictamen-24-2018.ficheros/64412-Dictamen_24_2018.pdf

de 17 de septiembre¹⁵ (relativo a la modificación de un contrato de dirección facultativa de obras), o en el dictamen 244/2022, de 28 de julio¹⁶ (relativo a la modificación de una concesión de servicios de una residencia de la tercera edad).

2.3

Resolución de contratos privados celebrados por la Administración o por entes del sector público

No son pocos los expedientes que han llegado al Consejo Consultivo en los que la consulta planteada versaba sobre la resolución de contratos privados, bien por su objeto cuando se hubieran celebrado por Administraciones públicas, bien por haberse celebrado por entes del sector público que no tuvieran la condición de poder adjudicador o que, siendo poder adjudicador, no tuvieran la condición de Administración pública (actualmente, artículo 26.1 de la LCSP).

El citado artículo 26, en línea con la regulación contenida en las leyes precedentes, establece que los contratos privados celebrados por las Administraciones públicas y por las entidades del sector público que no sean Administraciones públicas ni poderes adjudicadores se registrarán, en cuanto a su extinción, por las normas del derecho privado.

Ello supone que las normas que rigen la extinción de estos contratos no son las de los contratos públicos, lo que excluye no solo el ejercicio de prerrogativas, sino también la intervención de los órganos consultivos.

A título de ejemplo, pueden citarse, entre los asuntos analizados por el Consejo Consultivo de Castilla y León, los siguientes:

- El dictamen 504/2013, de 25 de julio¹⁷, versaba sobre un expediente de resolución de un contrato de enajenación de una parcela municipal para la construcción, instalación y gestión de una residencia de la tercera edad.

Se abordan en el dictamen los criterios jurisprudenciales sobre la distinción entre contratos administrativos y contratos privados, y la dificultad de deslindar ambos tipos de contratos en determinados casos, dada la existencia de zonas intermedias o de penumbra de

15. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2020/dictamen-281-2020.ficheros/75830-Dictamen_281-2020.pdf

16. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2022/dictamen-244-2022.ficheros/83728-Dictamen%20244-2022.pdf>

17. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2013/dictamen-504-2013.ficheros/33297-Dictamen%20504-2013.pdf>

muy difícil calificación, sobre las cuales el tratamiento jurisprudencial no ha sido siempre unitario en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa.

El dictamen pone de manifiesto que el contrato cuya resolución se proponía “se concibió como un contrato de naturaleza privada y así se consignó de manera expresa en el PCAP y en la escritura de compraventa, documentos en los que se hacía referencia expresa a que las causas de resolución del contrato serían las previstas en las normas de derecho civil, con la previsión expresa de una condición resolutoria del contrato como causa de ineficacia. No obsta a lo anterior el hecho de que la finalidad de la enajenación sea la construcción de una residencia para la tercera edad, puesto que, según se infiere del expediente, ésta no iba a tener carácter público sino privado y ánimo de lucro para la empresa contratista; finalidad que, por ello y en virtud de la jurisprudencia expuesta, no puede encuadrarse dentro del concepto de interés público y giro o tráfico específico de la Administración contratante”. Y se advierte de que “lo que no puede ahora el Ayuntamiento es pretender resolver el contrato sobre la base de modificar de manera unilateral la naturaleza del propio contrato, actuando en contra de sus propios actos y del principio de confianza legítima que ha de inspirar su actuación”.

En definitiva, se concluyó que, al tratarse de un contrato privado, su resolución se rige por el derecho privado y no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

- Los dictámenes 53/2021, de 11 de marzo¹⁸, y 600/2022, de 15 de diciembre¹⁹, tenían por objeto dos expedientes de resolución de contratos de obra suscritos por entidades públicas empresariales locales. El Consejo consideró que, en cuanto entidades públicas empresariales locales, y de acuerdo con el artículo 3 de la LCSP, estas forman parte del sector público y reúnen los requisitos necesarios para ser poderes adjudicadores, pero carecen de la consideración de Administración pública a los efectos de la LCSP. Por tanto, los contratos por ellas celebrados son privados, y sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado (art. 26, apartados 1.b y 3, y art. 319 de la LCSP).

18. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2021/dictamen-53-2021.ficheros/77724-Dictamen%2053-2021.pdf>

19. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2022/dictamen-600-2022.ficheros/85224-Dictamen%20600-2022.pdf>

Por ello, se concluyó que, al tratarse de contratos privados, su resolución se rige por el derecho privado y no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

2.4

Expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: cuantía reclamada inferior a la prevista en la ley

Ya se ha apuntado anteriormente que desde el año 2013 la intervención del Consejo Consultivo de Castilla y León en los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por la Administración autonómica y por las entidades locales exige que la cuantía reclamada sea igual o superior a 6000 euros, en los primeros, y a 3000 euros, en los segundos.

Pese a ello, el Consejo ha advertido que algunas consultas tenían por objeto expedientes en los que la cuantía reclamada era inferior a la exigida por la ley. En la mayoría de los supuestos las solicitudes de dictamen no se admiten a trámite, si bien en otros tal circunstancia se ha constatado en la fase de estudio del expediente y han determinado que el Consejo no se pronunciara sobre el fondo del asunto, al no ser preceptivo el dictamen.

Así, por ejemplo, en los dictámenes 212/2018, de 24 de mayo²⁰, 401/2018, de 19 de septiembre²¹, 544/2018, de 11 de enero de 2019²², 141/2020, de 14 de mayo²³, y 305/2020, de 17 de septiembre²⁴, todos ellos relativos a expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por entidades locales, la cuantía reclamada era inferior a 3000 euros, lo que determinaba que el dictamen no fuera preceptivo.

En el dictamen 422/2021, de 3 de noviembre²⁵, relativo a un expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración autonómica, la cuantía reclamada era inferior a 6000 euros, lo que conllevó la misma

20. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2018/dictamen-212-2018.ficheros/65990-Dictamen_212_2018.pdf

21. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2018/dictamen-401-2018.ficheros/67209-Dictamen_401_2018.pdf

22. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2018/dictamen-544-2018.ficheros/68156-Dictamen%20544-2018.pdf>

23. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/accidente-mal-calzada/2020/dictamen-141-2020.ficheros/73961-Dictamen%20141-2020.pdf>

24. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/accidente-mal-calzada/2020/dictamen-305-2020.ficheros/75894-Dictamen_305-2020.pdf

25. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/seleccion-provision/2021/dictamen-422-2021.ficheros/80720-Dictamen%20422-2021.pdf>

conclusión: el dictamen no era preceptivo, y el Consejo no debía pronunciarse sobre el fondo del asunto.

En otros supuestos, sin embargo, no consta en el expediente, por no haberla concretado el interesado, la cuantía indemnizatoria reclamada, lo que impide, *prima facie*, apreciar la competencia del Consejo. Sin embargo, el criterio de este Consejo Consultivo es el de admitir a trámite la consulta y valorar, como cuestión previa, la entidad de los daños reclamados. Así:

- En los dictámenes 112/2022, de 24 de marzo²⁶, y 388/2022, de 25 de agosto²⁷, relativos a expedientes de responsabilidad patrimonial de ámbito sanitario tramitados por la Administración autonómica, se advirtió que los reclamantes no habían cuantificado la indemnización solicitada. El Consejo Consultivo puso de manifiesto, además, que no obraban en el expediente datos o informaciones suficientes que permitieran un cálculo, siquiera estimativo, del importe reclamado a efectos de determinar si el dictamen era o no preceptivo. Por ello, se concluyó que procedía, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, devolver el expediente para que se requiriera al reclamante que cuantificara el importe reclamado, aportando los datos y documentos que considerara oportunos para acreditar los daños, y, en caso de ser preceptivo, se solicitara de nuevo el dictamen.
- En el dictamen 336/2020, de 15 de octubre²⁸, relativo a un expediente de responsabilidad patrimonial por daños sufridos en una caída, tramitado por una entidad local, se constató que el reclamante tampoco había cuantificado la indemnización solicitada. Los daños reclamados se limitaban al resarcimiento de las lesiones producidas (contusión en rodilla derecha, según el informe del Servicio de Urgencias aportado junto al escrito de reclamación) y del perjuicio patrimonial ocasionado por la pérdida del pantalón que llevaba en el momento de producirse la caída y por los gastos de desplazamiento en vehículo propio al hospital y a la comisaría en la que se interpuso una denuncia. También solicitaba una compensación por el tiempo de espera hasta ser atendido en el Servicio de Urgencias y en la comisaría, por un total de cinco horas.

El Consejo apreció que la entidad de las lesiones alegadas era mínima y su valoración de escasa cuantía, a la vista de los baremos

26. <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/responsabilidad-patrimonial/ambito-sanitario/2022/dictamen-112-2022.ficheros/82176-Dictamen%20112-2022.pdf>

27. <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/responsabilidad-patrimonial/ambito-sanitario/2022/dictamen-388-2022.ficheros/84089-Dictamen%20388-2022.pdf>

28. <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/responsabilidad-patrimonial/mobiliario-urbano/2020/dictamen-336-2020.ficheros/76109-Dictamen%20336-2020.pdf>

indemnizatorios fijados para los accidentes de tráfico. Los gastos por desplazamiento (que, en todo caso, se produjeron dentro del mismo municipio en el mismo día) y el valor de la prenda dañada (aportaba un tique de menos de 25 euros) eran también muy escasos. Y los tiempos de espera en Urgencias y en la comisaría no eran, a juicio del Consejo, conceptos indemnizables. Por ello, se consideró que la cuantía que pudiera reclamarse en ningún caso alcanzaría la cuantía mínima requerida (3000 euros, al tratarse de una entidad local) para la preceptividad del dictamen.

Por ello, el dictamen concluyó que procedía la devolución del expediente objeto de consulta sin pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto.

2.5

Expedientes de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: indebida calificación como responsabilidad extracontractual, al tratarse de responsabilidad derivada de un contrato privado

Otros supuestos en los que el Consejo Consultivo ha concluido que el dictamen no era preceptivo se referían a asuntos en los que, habiéndose tramitado como un expediente de responsabilidad patrimonial, se advertía que la eventual responsabilidad reclamada no tenía carácter extracontractual, sino que tenía su origen en un contrato privado. A título de ejemplo, cabe citar los siguientes:

- En los dictámenes 118/2017, de 11 de mayo²⁹, y 250/2020, de 17 de septiembre³⁰, se analizaron las reclamaciones presentadas por unas comunidades de propietarios por los daños derivados de las deficiencias constructivas en edificios sometidos al régimen de vivienda protegida. Se reclamaba la responsabilidad de la Administración autonómica, como promotora de la construcción de las viviendas de protección oficial, con base en el artículo 1591 del Código Civil (no era aplicable, por razones temporales, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación).

29. https://www.cccyl.es/es/dictámenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2017/dictamen-118-2017.ficheros/61149-Dictamen_118_2017.pdf

30. https://www.cccyl.es/es/dictámenes/responsabilidad-patrimonial/mobiliario-urbano/2020/dictamen-250-2020.ficheros/75906-Dictamen_250-2020.pdf

El Consejo trae a colación en estos dictámenes el criterio de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de la Administración, en cuanto promotora de viviendas, y cita el Auto 75/2004, de 20 de diciembre (recurso 41/2004), el Auto 67/2009, de 19 de junio (recurso 80/2008), y el Auto 34/2014, de 5 de diciembre (recurso 29/2014), en los que concluye que el conocimiento de estos asuntos corresponde a la jurisdicción civil, ya que se trata de una responsabilidad contractual de naturaleza civil, y no de una responsabilidad extracontractual de la Administración.

Como consecuencia de ello, teniendo en cuenta que el origen de las reclamaciones versaba sobre el incumplimiento de un contrato privado, se concluyó que el dictamen del Consejo no era preceptivo.

- El dictamen 221/2021, de 14 de julio³¹, analizó un expediente relativo a una reclamación por daños sufridos a consecuencia de un incendio en una vivienda de propiedad municipal que estaba arrendada al reclamante.

En este caso, la propia naturaleza civil del contrato conllevaba que la responsabilidad reclamada tuviera carácter civil y determinaba, por ello, la improcedencia no solo de la tramitación del procedimiento previsto en la LPAC, sino también de la intervención del Consejo Consultivo.

- Similar al caso anterior fue el asunto que dio lugar al dictamen 634/2022, de 29 de diciembre³². Este se refería a un expediente de responsabilidad patrimonial por daños sufridos por un inquilino de una vivienda protegida, propiedad de una entidad local, al caer sobre él una ventana de una de las zonas comunes.

Al igual que en el supuesto anterior, el Consejo concluyó que la reclamación no tenía su fundamento en la responsabilidad extracontractual de la Administración, sino en una responsabilidad contractual y de naturaleza civil, derivada de un contrato privado de arrendamiento de vivienda protegida. Por ello, el dictamen del Consejo no era tampoco preceptivo.

- Supuestos distintos se abordaron en el dictamen 483/2020, de 11 de febrero de 2021³³, y en el más reciente dictamen 650/2022, de 26 de

31. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2021/dictamen-221-2021.ficheros/79486-Dictamen%20221-2021.pdf>

32. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2022/dictamen-634-2022.ficheros/85292-Dictamen%20634-2022.pdf>

33. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2020/dictamen-483-2020.ficheros/77398-Dictamen%20483-2020.pdf>

enero de 2023³⁴. El primero, relativo a un expediente de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de una comunidad de cesionarios de un aparcamiento para residentes, debido a los daños sufridos al haber asumido las obras de reparación de una rejilla de ventilación de dicho aparcamiento; y el segundo, relativo a un expediente de responsabilidad extracontractual iniciado tras la reclamación presentada por un club ciclista por daños y perjuicios derivados de la resolución de un contrato de patrocinio suscrito con un ayuntamiento.

En ambos casos, el Consejo pone de manifiesto que, conforme a la consolidada doctrina, no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración (extracontractual) cuando el hecho causante y la reparación del daño alegado tengan una vía procedimental específica en el ordenamiento jurídico, como era el caso.

Recuerda que, como ya señaló la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000, “la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que esta no tiene el deber jurídico de soportar, mientras que la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento –por las partes contratantes– de un deber estipulado en el contrato”.

Por ello, el Consejo Consultivo concluyó que las dos reclamaciones se desarrollaban en el ámbito de contratos suscritos por las partes, por lo que no cabía su tramitación por el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Además, junto a lo anterior, la propia naturaleza civil de los contratos excluía la aplicación del artículo 191.3.c) de la LCSP, y determinaba que la intervención del Consejo no fuera preceptiva.

- Como caso más específico, el dictamen 194/2020, de 9 de julio³⁵, abordó una reclamación presentada por un particular frente a un ayuntamiento, debido a los daños y perjuicios derivados de la inactividad de la Administración en el mantenimiento de las instalaciones públicas de la red eléctrica, que había obligado a aquel a realizar las correspondientes reparaciones en estas.

34. <https://www.cccyl.es/es/dictámenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2022/dictamen-650-2022.ficheros/85805-Dictamen%20650-2022.pdf>

35. https://www.cccyl.es/es/dictámenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2020/dictamen-194-2020.ficheros/74795-Dictamen_194-2020.pdf

Pese a que el ayuntamiento tramitó la reclamación como si de una responsabilidad patrimonial se tratase, lo cierto es que de su contenido no se deducía que se tratara de una reclamación de esta naturaleza, sino de una petición de cese de inactividad de mantenimiento y conservación de la red pública, y de reintegro de cantidades cuyo abono habría correspondido al ayuntamiento, que en consecuencia se habría enriquecido injustamente, en virtud de lo estipulado en un contrato privado. Es decir, el daño no se había causado en un bien del reclamante, sino en un bien propiedad de la Administración, al no realizar actividad de mantenimiento.

Por ello, se consideró que “la solicitud de reintegro de las cantidades abonadas por el solicitante no debió tramitarse como una reclamación de responsabilidad patrimonial, puesto que en realidad dicha solicitud obedece a un eventual incumplimiento por parte del Ayuntamiento de un contrato privado existente entre las partes, que establece los derechos y deberes de cada una en relación la línea eléctrica de la que son copropietarios”.

El dictamen, por tanto, no era preceptivo, y no se realizó pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

2.6

Expedientes de responsabilidad por incumplimiento de las cláusulas de un convenio

En los dictámenes 29/2021³⁶ y 30/2021³⁷, ambos de 25 de febrero, se analizaron unos expedientes de responsabilidad patrimonial en los que asociaciones de empresarios de hostelería reclamaban una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, por parte del ayuntamiento, de un convenio de colaboración.

El Consejo Consultivo concluyó que no era preceptivo el dictamen, al no tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial o extracontractual, sino de una reclamación planteada en el ámbito de una relación contractual entre partes instrumentada a través de un convenio –de naturaleza contractual, pero excluido de la aplicación de la legislación de contratos–; y

36. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2021/dictamen-29-2021.ficheros/77701-Dictamen%2029-2021.pdf>

37. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2021/dictamen-30-2021.ficheros/77702-Dictamen%2030-2021.pdf>

que había que atender a lo previsto en el propio convenio para resolver la controversia.

2.7 Expedientes ya resueltos

Por último, cabe hacer referencia a otros supuestos que determinan claramente la no intervención del Consejo Consultivo, como son aquellos en los que la propia Administración consultante ya ha resuelto el asunto.

La intervención de los órganos consultivos es previa a la resolución de los asuntos y su función es la de coadyuvar a la Administración consultante a adoptar una decisión más ajustada a derecho, por lo que, cuando se resuelve el expediente antes de solicitarse o de emitirse el dictamen, carece ya de sentido la emisión de un dictamen sobre el fondo.

En estos casos, una vez advertido que el expediente ya ha sido resuelto, el Consejo Consultivo ha constatado tal circunstancia y ha procedido a la devolución del expediente sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. Así se pronunció en los dictámenes 458/2018, de 13 de diciembre³⁸, 344/2020, de 4 de marzo de 2021³⁹, o 407/2022, de 14 de septiembre⁴⁰.

Por el mismo motivo, en aquellos expedientes en los que ha recaído sentencia resolviendo el fondo del asunto, no procede ya la intervención de los órganos consultivos, ya que la Administración debe limitarse a dar cumplimiento a la sentencia (dictámenes 372/2018, de 30 de agosto⁴¹, 252/2020, de 3 de mayo de 2021⁴², y 450/2020, de 25 de febrero de 2021⁴³).

38. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/mobiliario-urbano/2018/dictamen-458-2018.ficheros/67803-Dictamen_458_2018.pdf

39. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/contratacion-administrativa/2020/dictamen-344-2020.ficheros/77639-Dictamen%20344-2020.pdf>

40. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2022/dictamen-407-2022.ficheros/84419-Dictamen%20407-2022.pdf>

41. https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/causas/2018/dictamen-372-2018.ficheros/66827-Dictamen_372_2018.pdf

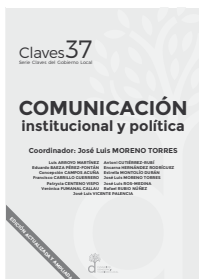
42. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/mobiliario-urbano/2020/dictamen-252-2020.ficheros/78369-Dictamen%20252-2020.pdf>

43. <https://www.cccyl.es/es/dictamenes/responsabilidad-patrimonial/ambito-profesional-funcion-publica/2020/dictamen-450-2020.ficheros/77638-Dictamen%20450-2020.pdf>

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

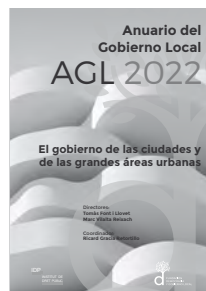
- **TRABAJOS ORIGINALES:** Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org
- **PRESENTACIÓN:** Los originales deberán enviarse en su lengua original, 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 11. 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 las Normas de citación APA.
Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.
- **EXTENSIÓN:** Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. 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.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES:



Comunicación institucional y política

Anuario del Gobierno Local 2022



Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



LA FUNDACIÓN ▾ ACENTO LOCAL BIBLIOTECA ▾ ACTIVIDADES ▾ ACTUALIDAD ▾ Q

INICIO

[IR AL BLOG ACENTO LOCAL](#) →

Actualidad Fundación



[Ver más noticias](#)

Próximas actividades

07 de julio de 2023

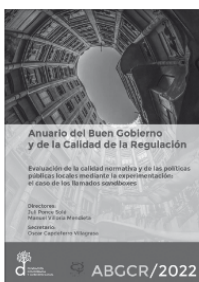
Ciclo de seminarios de actualización jurídica local «Josep Maria Esquerda» 2023 – Séptima sesión, (Barcelona, 7 de julio de 2023)
INSCRIPCIÓN a la 7a. Sesión

[Ver Todas](#)

Actualidad local

Última publicación

Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2022



[Ver todas las publicaciones](#)



Diputación de Zamora

[Ver más noticias](#)

QDL62ÍNDICE

ESTUDIOS

I. Sección monográfica

La contratación menor en la esfera local

- 14 El contrato menor en el ámbito local: crónica de una muerte imposible · ANABELÉN CASARES MARCOS
- 67 Procedimiento de contratación menor y buenas prácticas · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO
- 93 Las vicisitudes de la ejecución del contrato administrativo menor y del contrato de menor cuantía de los PANAP · XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE
- 112 El fraccionamiento del objeto del contrato: directrices y límites en la contratación menor · SILVIA DÍEZ SASTRE
- 159 Los procedimientos de reacción frente a la contratación menor irregular y los efectos de la invalidez del contrato menor · BEGOÑA SESMA SÁNCHEZ

II. Sección general

- 198 Efectos de la nulidad de los contratos verbales del sector público: acción restitutoria o responsabilidad patrimonial. ¿Es posible evitar el pago de la prestación realizada? · IGNACIO CALATAYUD PRATS

PONENCIAS, CRÓNICAS Y NOTAS

- 238 El estado actual de la jurisdicción contencioso-administrativa y las proyectadas reformas de las leyes de eficiencia · FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS
- 266 La acción pública en materia de urbanismo · MANUEL TÁBOAS BENTANACHS
- 328 Transparencia, acceso y buena administración: una comparación entre Italia y España · GIANLUCA GARDINI
- 352 Limitaciones de las corporaciones locales en funciones durante el período de administración ordinaria · DAVID CABEZUELO VALENCIA

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

- 382 Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (de 1 de enero a 30 de abril de 2023) · VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

CRÓNICA CONSULTIVA

- 414 Doctrina del Consello Consultivo de Galicia sobre la utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos y la revisión de oficio para el abono de prestaciones contratadas de forma irregular · JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR
- 428 Intervención preceptiva de los órganos consultivos y excepciones: supuestos analizados por el Consejo Consultivo de Castilla y León · JAVIER PÍRIZ URUEÑA

